

# DA LIBERDADE DE ESCOLHA NOS ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do  
grau de mestre em Direito

Susana Aroso Monteiro

maio

2016





# DA LIBERDADE DE ESCOLHA NOS ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do  
grau de Mestre em Direito

Susana Aroso Monteiro

Sob a orientação da Prof. Doutora Sofia Oliveira Pais

Universidade Católica Portuguesa – Escola de Direito

maio 2016

versão pdf



Aos meus Pais.



# Agradecimentos

---

O meu agradecimento sincero, com estima, à Professora Sofia Oliveira Pais pelo constante apoio, incentivo e orientação.

À Entidade Reguladora da Saúde, com especial ênfase ao Professor Jorge Simões, ao Professor Álvaro Moreira da Silva e ao Mestre Nuno Castro Marques, estou grata pela oportunidade para a realização deste projeto e o estímulo para a sua concretização.

Aos meus pais estou reconhecida pelo sempre eterno encorajamento e motivação.

Aos meus colegas devo a paciência na partilha de ideias.

Aos meus amigos, por o continuarem a ser, apesar do meu desaparecimento físico nos últimos tempos.





# Sumário Executivo

---

A Constituição da República Portuguesa consagra o direito à saúde através dos direitos fundamentais à vida e à integridade física.

A proteção da saúde é realizada através do Serviço Nacional de Saúde, que deve garantir o acesso universal a todos os cidadãos.

O exercício da escolha no SNS é determinante para a dignidade e autodeterminação da pessoa humana.

A introdução da Diretiva dos cuidados transfronteiriços e os novos desafios da concorrência no mercado da saúde são decisivos para uma mudança de paradigma no acesso aos cuidados hospitalares.



<b>1. ENQUADRAMENTO GERAL .....</b>	<b>1</b>
1- LIBERDADE DE ESCOLHA .....	1
1.1 CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA DE SAÚDE PORTUGUÊS.....	1
1.2 O ACESSO AOS CUIDADOS DE SAÚDE NOS ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE PÚBLICOS .....	5
1.3 O ACESSO AOS CUIDADOS DE SAÚDE NOS SUBSISTEMAS PÚBLICOS DE SAÚDE: O CASO DA ADSE .....	7
1.4 O ACESSO AOS CUIDADOS DE SAÚDE NOS ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE PRIVADOS.....	8
<b>2. A CONCORRÊNCIA EM SAÚDE .....</b>	<b>9</b>
2.1 FATORES CONDICIONANTES DO MERCADO DE CUIDADOS DE SAÚDE .....	9
2.1.1 DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE: SERVIÇO DE REPUTAÇÃO .....	9
2.1.2 DA ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO .....	10
2.1.3 DA RELAÇÃO DE AGÊNCIA: A INDUÇÃO DA PROCURA E O RISCO MORAL.....	11
2.2 DA REGULAÇÃO DO MERCADO DA SAÚDE: A ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE.....	12
2.3 DO MERCADO RELEVANTE E MERCADO GEOGRÁFICO .....	14
2.3.1 DA CARACTERIZAÇÃO DO MERCADO DE SAÚDE PORTUGUÊS .....	16
<b>2. DOS PROBLEMAS JURÍDICOS .....</b>	<b>18</b>
1. DA APLICAÇÃO DA DIRETIVA 2011/24/EU, DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DE 9 DE MARÇO DE 2011 .....	18
1.1. DA AUTORIZAÇÃO PRÉVIA.....	20
1.2 DA DISCRIMINAÇÃO INVERSA .....	21
2. A LIBERDADE DE ESCOLHA É UMA FORMA DE PROMOVER A CONCORRÊNCIA NO SETOR PÚBLICO?27	
2.1 DA LIBERDADE DE ESCOLHA: O CASO DO REINO UNIDO.....	27
2.2 DAS GARANTIAS DE LIBERDADE DE ESCOLHA: A ESCOLHA INFORMADA .....	30
2.3 DA CONCORRÊNCIA ENTRE OS PRESTADORES .....	32
<b>3. CONCLUSÃO .....</b>	<b>37</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>40</b>
<b>LEGISLAÇÃO .....</b>	<b>44</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>46</b>
<b>ELEMENTOS DE SUPORTE.....</b>	<b>48</b>



# 1. Enquadramento Geral

---

## 1- Liberdade de escolha

### 1.1 Caracterização do sistema de saúde português

A saúde é um bem fundamental.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra no seu artigo 64º, o direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover através de um serviço nacional de saúde universal, geral e tendencialmente gratuito. A CRP incumbe, ainda, o Estado de garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica e garantir uma cobertura “racional e eficiente” de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde.

O Serviço Nacional de Saúde (SNS) foi criado através da Lei n.º 56/1979, de 15 de setembro pelo qual o Estado assegura o direito à proteção da saúde e consagra a liberdade de escolha na prestação de cuidados de saúde.<sup>1</sup>

A Lei n.º 48/90, de 24 de agosto<sup>2</sup>, que aprovou a Lei de Bases da Saúde (LBS), estabelece os direitos dos cidadãos à saúde, determinando que estes têm direito a que os serviços públicos de saúde se constituam e funcionem de acordo com os seus legítimos interesses, reconhecendo a liberdade de escolha. Além disso, os utentes têm direito a ser tratados com os meios adequados, humanamente e com prontidão, correção técnica, privacidade e respeito.

O SNS tem como principais características a universalidade, a generalidade, a gratuitidade tendencial, e a equidade no acesso.

A universalidade implica que o acesso aos cuidados de saúde deve ser assegurado a todos os cidadãos portugueses e também aos cidadãos dos Estados Membros das Comunidades Europeias.

Quanto à característica da generalidade, esta prende-se com o tipo de cuidados de saúde que devem ser abrangidos pelo SNS, impondo-se que assegure uma prestação

---

<sup>1</sup> Artigo 8º da Lei n.º 56/1979, de 15 de setembro.

<sup>2</sup> A Lei n.º 48/90, de 24 de agosto foi alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de setembro, que aprovou o regime jurídico da gestão hospitalar.

integrada de cuidados de saúde aos utentes. A estruturação do SNS assenta em níveis diferenciados de prestação de cuidados, divididos entre cuidados primários, cuidados secundários ou hospitalares e cuidados continuados.

Os cuidados primários representam o primeiro contacto do utente com o sistema de saúde. É ao médico de família que compete gerir a saúde do doente, através de práticas de promoção de saúde ou preventivas da doença, como também encaminhar o utente para cuidados diferenciados de que o utente necessite.<sup>3</sup>

Os cuidados secundários ou hospitalares são definidos *“pelo conjunto de atividades de prevenção, promoção, restabelecimento ou manutenção da saúde, bem como de diagnóstico, tratamento/terapêutica e reabilitação, em ambiente hospitalar e realizadas a doentes na fase aguda de doença, cujos episódios se caracterizam pela necessidade de intervenções especializadas, exigindo o recurso a meios/recursos com tecnologia diferenciada”*.<sup>4</sup>

Finalmente, os cuidados continuados integrados designam *“o conjunto de intervenções sequenciais de saúde e/ou apoio social, que visa promover a autonomia, melhorando a funcionalidade da pessoa em situação de dependência, através da sua reabilitação, readaptação e reinserção familiar e social”*.<sup>5</sup>

A característica da tendencial gratuitidade na prestação de cuidados de saúde, estabelece que o SNS é *“tendencialmente gratuito para os utentes, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos”*. Podem ser cobradas taxas moderadoras *“com o objetivo de completar as medidas reguladoras do uso dos serviços de saúde”*.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> (Nunes, 2014, p. 79)

<sup>4</sup> (Santana & Costa, 2008, p. 32)

<sup>5</sup> Alínea a) do Artigo 3º do Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de Junho, que criou a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados.

<sup>6</sup> As taxas moderadoras são devidas pelos utentes quando acedem às consultas nos cuidados de saúde primários, no domicílio, nos hospitais e em outros estabelecimentos de saúde públicos ou privados (entidades convencionadas); na realização de exames complementares de diagnóstico e terapêutica (MCDT) excetuando-se os efetuados em regime de internamento, no hospital de dia e no serviço de urgência para o qual haja referenciação pelos cuidados primários, pelo Centro de Atendimento do Serviço Nacional de Saúde ou pelo INEM; e nos serviços de urgência hospitalar. Destas situações devem ressaltar-se as isenções e situações de dispensa de cobrança de taxas moderadoras previstas nos Artigos 2º, 4.º e 8º do Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março.

A cobrança de uma taxa no acesso a um determinado cuidado de saúde, tem como função a moderação do consumo de cuidados de saúde, face às reais necessidades do utente: *“Pretende-se, que a taxa moderadora exerça uma pressão sobre o utente, no momento da tomada de decisão de recorrer a determinado cuidado de saúde, apta a moderar ou racionalizar o consumo excessivo de cuidados de saúde.”*<sup>7 8</sup>

Por fim, quanto à equidade no acesso aos cuidados de saúde, esta deve ser garantida seja qual for a condição económica do utente e implica a obtenção de cuidados de saúde necessários e adequados, mediante prestação de serviços que se enquadrem com a *legis artis*. Os cuidados de saúde devem ser prestados em tempo útil e de forma não discriminatória, devendo ser assegurada a equidade no atendimento. O acesso aos cuidados de saúde deve ser garantido aos utentes onde quer que vivam, não podendo ser coartado por limitações geográficas de acesso.<sup>9</sup>

A Lei n.º 15/2014, de 21 de março, veio consolidar os direitos e deveres do utente dos serviços de saúde, dos quais destacamos os seguintes: o direito de escolha dos serviços e prestadores de cuidados de saúde, na medida dos recursos existentes; o consentimento ou recusa da prestação de cuidados de saúde, que devem ser prestados de forma livre e esclarecida; o direito a receber, com prontidão ou num período de tempo considerado clinicamente aceitável, os cuidados de que necessita, que devem ser prestados adequadamente e com correção técnica, humanamente e com respeito pelo utente; o direito a ser informado, de forma acessível, completa e inteligível, pelo prestador de cuidados de saúde sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> (ERS, O novo regime jurídico das taxas moderadoras, 2013, p. 12)

<sup>8</sup> O Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 731/95, de 14 de dezembro, chamado a pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade da norma constante no n.º 2, alínea d), da Base XXXIV, da Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto (LBS) declarou o seguinte: *“Tendo as taxas moderadoras, criadas pela Base XXXIV da Lei n.º 48/90, como finalidade apenas a racionalização da utilização do Serviço Nacional de Saúde e não o pagamento do «preço» dos serviços de saúde prestados, nem resultando delas qualquer impedimento ou restrição do acesso dos cidadãos economicamente mais desfavorecidos aos cuidados de saúde, tem de concluir-se que aquela norma não ofende a alínea a) do n.º 2 do artigo 64.º da Constituição. Ela não é, por isso, inconstitucional.”*

<sup>9</sup> (ERS, Relatório sobre a Carta dos Direitos dos Utentes - Draft Preliminar, 2011, p. 68)

<sup>10</sup> A Lei n.º 15/2014, de 21 de março, veio também definir os termos da Carta dos Direitos de Acesso aos cuidados de saúde pelos utentes do SNS, garantindo a prestação de cuidados de saúde, pelo SNS e entidades convencionadas, em tempo considerado clinicamente aceitável para a sua condição, determinando os tempos máximos de resposta garantidos (TMRG) e o direito do utente à informação sobre esses tempos. Vide Portaria n.º 87/2015, de 23 de março.

Um dos elementos fundamentais da liberdade de escolha dos pacientes é o direito à informação. Apenas o cidadão que tem na sua posse todos os meios essenciais que possam influir na sua decisão, pode decidir livremente.

O direito à escolha nasce da autodeterminação da pessoa humana, e transforma o paciente “*num consumidor de cuidados de saúde*”<sup>11</sup> e, por isso, deve o utente ter na sua disponibilidade, a liberdade de contratar um serviço de saúde, tal como em qualquer outra relação jurídica na qual é sujeito.<sup>12</sup>

Um dos problemas que se prende com o direito à informação tem a ver com a assimetria da informação. É que, recorde-se, na relação que se estabelece entre médico/paciente, apesar de se pretender que a mesma seja igualitária e paritária, a verdade é que o prestador de serviços (médico) terá sempre um conhecimento maior sobre a doença que afeta o utente, o seu tratamento e alternativas, bem como de potenciais riscos. Resulta, assim, que o médico tem a responsabilidade de munir o doente com informação relevante para que este decida sobre se pretende, ou não realizar o tratamento/cirurgia, ou outro ato médico que este efetivamente necessite.

A este respeito refira-se que, na esfera da sua autodeterminação, o utente pode, a todo o momento, recusar o tratamento/cirurgia/exame propostos pelo médico.

A liberdade de escolha dos utentes, no que se refere à prestação de cuidados de saúde, encontra-se consagrada na lei, no entanto, a opção dos utentes que pretendem aceder à prestação de cuidados de saúde no SNS encontra-se extremamente limitada.

---

<sup>11</sup> (Pereira, O consentimento informado na relação médico paciente, pp. 20, 34) e sobre a definição de consumidor (Carvalho, 2014, p. 15)

<sup>12</sup> Entre o médico e o paciente forma-se um contrato “*de prestação de serviços*”, mas na relação entre o utente e o médico do SNS, uma vez que “*nem os médicos escolhem os doentes, nem os doentes escolhem os médicos*” não pode existir um acordo de vontades, ademais, não existe qualquer contraprestação pelo serviço prestado pelo médico, à exceção do pagamento de uma taxa, pelo que “*os utentes estão submetidos a um regime jurídico pré-estabelecido num plano normativo*”. (Campos & Simões, 2014, p. 157) Não obstante, esta relação, mesmo não se baseando num autêntico acordo de partes, não pode, em momento algum, pôr em causa o direito à autodeterminação da pessoa humana. (Correia S. , 1996, pp. 22, 26)



## 1.2 O acesso aos cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos

Em Portugal continental, o acesso a consultas hospitalares no SNS, é concretizado através de uma consulta nos cuidados de saúde primários.<sup>13</sup> Os cuidados primários são, assim, a porta de entrada dos utentes no SNS.<sup>14</sup> Com efeito, cabe ao médico de família orientar o utente no seu processo de manutenção de saúde ou prevenção da doença e, por isso, compete-lhe, também, encaminhar os utentes para consultas de especialidade hospitalar. O médico de família funciona, assim, como uma barreira de acesso. É o chamado *gatekeeping*, isto é os utentes, não podem aceder diretamente aos cuidados hospitalares, sem antes existir uma consulta prévia com o médico de família.

O Regulamento do Sistema Integrado de Referenciação e de Gestão do Acesso à Primeira Consulta de Especialidade Hospitalar nas instituições do Serviço Nacional de Saúde, designado por Consulta a Tempo e Horas (CTH)<sup>15</sup> tem como objetivo referenciar<sup>16</sup> os utentes para realização de primeiras consultas hospitalares.

De acordo com a Portaria, a consulta hospitalar deve respeitar os tempos máximos considerados clinicamente aceitáveis para a sua realização.<sup>17</sup>

No entanto, refere especificamente a Portaria que a constatação de tempos de resposta para uma determinada especialidade num hospital de referência, com prazos superiores aos definidos, habilita o médico assistente a referenciar o pedido para outra instituição hospitalar da rede do SNS, o mais próxima possível da residência do

---

<sup>13</sup> Lei n.º 28/2008, de 22 de fevereiro, que estabelece o regime da criação, estruturação e funcionamento dos ACES do SNS.

<sup>14</sup> De acordo com os TMRG aplicáveis aos cuidados primários, aos utentes deve ser assegurada a marcação de consulta nos 15 dias úteis seguintes ao pedido da mesma, exceto em casos de situação relacionada com doença aguda, em que devem garantir a marcação de consulta no próprio dia. - Anexo I da Portaria n.º 87/2015, de 23 de março.

<sup>15</sup> Portaria n.º 95/2013, de 4 de março.

<sup>16</sup> Anexo II da Portaria n.º 95/2013, de 4 de março – Definições e conceitos básicos.

<sup>17</sup> As primeiras consultas hospitalares devem ser realizadas em 30 dias, se a consulta for considerada como muito prioritária; 60 dias, se a consulta for considerada como prioritária; 150 dias, se a consulta for considerada com prioridade normal. - Anexo I da Portaria n.º 87/2015, de 23 de março.

utente, que apresente tempos de resposta mais céleres, devendo, para o efeito, obter o acordo do utente.<sup>18</sup>

Esta alternativa é, no entanto limitada, uma vez que o sistema informático que suporta a CTH, não permite a referência dos utentes para outras unidades hospitalares<sup>19</sup> que não aquelas presentes no sistema e que se baseiam nas áreas de influência dos hospitais e redes de referência<sup>20</sup> existentes. Por outras palavras, os centros de saúde estão obrigados a encaminhar os utentes para os hospitais da sua área de influência. Esta limitação surge numa lógica de afetação eficiente dos recursos, não obstante, surge como uma barreira de acesso aos utentes.

Já vimos *supra* os TMRG aplicáveis às primeiras consultas hospitalares. No entanto, os tempos de espera para primeira consulta hospitalar nem sempre são cumpridos na íntegra, por isso os utentes podem ver comprometidos os seus direitos, para aceder aos cuidados de saúde, em tempo útil.

O utente tem direito a ser informado sobre a sua posição na lista de inscritos para os cuidados que necessita, bem como os TMRG a nível nacional de cada uma das instituições hospitalares.<sup>21</sup> No entanto, o utente encontra-se limitado na sua escolha, a partir do momento em que o mesmo é referenciado pelo médico de família que apenas pode encaminhar o utente para o hospital da sua área de influência.

Assim, de nada vale ao utente ter conhecimento sobre a sua posição na lista de inscritos ou TMRG, se não puder, em simultâneo, exercer a sua liberdade de escolha relativamente ao hospital onde pretende ser tratado.

Já se encontra previsto na lei que, caso os estabelecimentos prestadores não tenham capacidade para dar resposta dentro do TMRG aplicável, devem assegurar ao utente, serviço alternativo no prazo adequado, através da referência para outra entidade

---

<sup>18</sup> Ponto 5.4 do Anexo à Portaria n.º 95/2013, de 4 de março.

<sup>19</sup> Portaria n.º 82/2014, de 10 de abril.

<sup>20</sup> Portaria n.º 123-A/2014, de 19 de junho que criou as Redes Nacionais de Especialidades Hospitalares e de Referência (RNEHR) e (ERS, Estudo sobre a Carta Hospitalar - Especialidades de medicina interna, cirurgia geral, neurologia, pediatria, obstetrícia e infecciológica, 2012, p. 57).

Uma nota relativa RNEHR de Oncologia Médica. Nas Recomendações finais para a implementação da Rede é referido o seguinte: “**Embora existam áreas de referência, deve ser atendida a vontade dos doentes e o seu direito de escolha quanto ao local em que querem ser tratados.**”- *Sublinhado nosso.* - Rede Nacional de Especialidade Hospitalar e de Referência de Oncologia Médica, pág. 50. <http://www.acss.min-saude.pt/Portals/0/RelatorioFinalOncologiaMédica.pdf>, acedido pela última vez em 08/05/2016.

<sup>21</sup> Artigo 4º da Portaria n.º 87/2015, de 23 de março.

do SNS ou para uma entidade do setor privado convencionado, mas certo é também que este mecanismo de proteção do utente, não se encontra ainda em pleno funcionamento.<sup>22</sup>

### 1.3 O acesso aos cuidados de saúde nos subsistemas públicos de saúde: o caso da ADSE

No que toca a consultas hospitalares, impõe-se falar também, nos subsistemas públicos de saúde, especificamente o regime de assistência na doença da Direção-Geral de Proteção Social aos Trabalhadores em Funções Públicas – ADSE, que tem a responsabilidade de gerir o sistema de saúde relativo aos trabalhadores do setor público administrativo.<sup>23</sup>

Apesar da ADSE, se integrar no sistema público de saúde, os seus beneficiários são equiparados a utentes privados.

Isto é, os beneficiários da ADSE não estão sujeitos aos mesmos condicionalismos impostos aos utentes do SNS.

Com efeito, os beneficiários da ADSE, não estão sujeitos a um controlo prévio realizado pelo médico de família, (*gatekeeping*), nem a barreiras geográficas no acesso aos cuidados hospitalares. Ainda, aos beneficiários da ADSE é dada a opção de escolherem qualquer prestador público, privado ou social, exista ou não um acordo ou convenção com a ADSE, para consultas hospitalares.

Neste aspeto, os beneficiários da ADSE têm assegurada uma liberdade de escolha, vedada aos utentes do SNS.

---

<sup>22</sup> Alínea 3 do ponto II do Anexo II da Carta dos Direitos de Acesso aos Cuidados de Saúde pelos Utentes do SNS, da Portaria n.º 87/2015, de 23 de março.

<sup>23</sup> A ADSE rege-se pelas normas constantes no Decreto-Regulamentar n.º 44/2012, de 20 de julho. A regulamentação do funcionamento e esquema de benefícios da ADSE está prevista no Decreto-Lei n.º 118/83 de 25 de fevereiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 234/2005, de 30 de dezembro.

## 1.4 O acesso aos cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde privados

A par da prestação pública de saúde, temos a prestação privada que é realizada através da liberdade contratual e liberdade de escolha do doente.

Existem diferenças entre a relação contratual que se estabelece entre os consumidores da prestação de cuidados privados e a relação contratual que se estabelece entre os utentes e os prestadores do SNS. Assim, no serviço privado, existe uma celebração de um contrato que pode ser reconduzido ao Artigo 1154º do Código Civil, que dispõe que a prestação de serviços é *“um contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.”*

Na prestação privada de saúde existe liberdade de determinação de preços.<sup>24</sup>

O acesso dos consumidores ao prestador privado não está condicionado a qualquer condição prévia, seja através de barreiras geográficas por via da referenciação, seja por necessidade de orientação por outro profissional de saúde (gatekeeping) como acontece com a prestação pública. Assim, a decisão de utilizar ou não o serviço de saúde encontra-se, exclusivamente, dependente da vontade do consumidor.

A liberdade de escolha dos doentes à prestação de cuidados privados é total, pelo que o utente pode recorrer ao prestador que melhor lhe convier.

---

<sup>24</sup> A Autoridade da Concorrência (AdC) condenou a Ordem dos Médicos ao pagamento de uma coima de 250 mil euros pela imposição de preços máximos e mínimos nos serviços prestados pelos médicos a exercerem a atividade em regime independente. No entender da AdC *“A fixação de preços mínimos e máximos por associações de empresas configura uma forma séria e das mais graves de restrição da concorrência, porque impede cada agente de fixar preços mais competitivos, elimina a concorrência entre profissionais pela via do preço, reforça os obstáculos à entrada de novos profissionais e priva o consumidor da possibilidade de escolha e de negociação para adquirir o serviço ao melhor preço.”* -Cfr. Decisão PRC 2005/07 da Autoridade da Concorrência, de 26/05/2006.

[http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Decisoaes\\_da\\_AdC/Documents/DecisaoPRC200507.pdf](http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoaes_da_AdC/Documents/DecisaoPRC200507.pdf), acedido pela última vez em 08/05/2016.

## 2. A concorrência em saúde

### 2.1 Fatores condicionantes do mercado de cuidados de saúde

O modelo de concorrência perfeita implica que os consumidores fazem escolhas informadas e racionais de forma a maximizar o seu bem-estar. Por outro lado, a teoria da concorrência perfeita, compreende um determinado número de prestadores ou potenciais prestadores, desde que não existam barreiras à entrada,<sup>25</sup> que competem, através de preços perto do custo marginal de produção, que produzirão resultados eficientes, existindo assim um equilíbrio entre a oferta e a procura.<sup>26</sup>

O mercado da prestação de serviços de saúde, no entanto, não é um mercado perfeito.<sup>27</sup> Com efeito, a realidade deste mercado específico, abrange vários riscos.

Temos do lado da procura a existência da incerteza dos utentes sobre a sua situação, assimetrias de informação e, ainda, o efeito do risco moral e pelo lado da oferta estão descritos problemas como a existência de relações de agência imperfeitas e de indução da procura.

O mercado da prestação de serviços de saúde tem outras especificidades que não são comuns à maioria dos outros mercados em concorrência. Temos de ter presente que a prestação de cuidados de saúde, “comercializa” um serviço assente num direito fundamental, como o é o direito à saúde, altamente diferenciado, cuja oferta se divide, no caso português, em dois setores económicos diferentes, público e privado, sendo que este tem como objetivo principal a obtenção de lucro.<sup>28</sup>

#### 2.1.1 Da prestação do serviço de saúde: serviço de reputação

A prestação de cuidados de saúde não é facilmente comparável. Os cuidados são individuais e cada um terá uma sensibilidade diferente sobre a qualidade da prestação

---

<sup>25</sup> (Pais, Entre a inovação e concorrência: Em defesa de um modelo europeu, 2011, p. 87)

<sup>26</sup> (Dixon, Robertson, Appleby, Burge, Devlin, & Magge, 2010, p. 9)

<sup>27</sup> (Barros, 2006, p. 25) e (Gaynor & Vogt, Antitrust and competition in health care markets, 1999, p. 3)

<sup>28</sup> (Gentry & Penrod, 2000)

de serviço, conquanto a mesma seja corretamente realizada. Por isso na altura de escolher um profissional médico, o utente irá basear a sua escolha na reputação percecionada por exemplo por familiares ou amigos<sup>29</sup> A este comportamento, a literatura de economia da saúde dá o nome de bem de reputação, isto é, o consumidor não faz uma escolha baseado nas características do produto, ou no preço, que são normalmente, os fatores determinantes da procura.<sup>30</sup>

No entanto, nem todos os cidadãos necessitarão dos mesmos cuidados, nem o cidadão comum, tem os conhecimentos necessários para avaliar a competência/qualidade dos profissionais de saúde nos quais vai depositar a sua confiança.

### 2.1.2 Da assimetria de informação

A prestação de cuidados de saúde é caracterizada pela assimetria de informação. O prestador tem na sua posse informação sobre o diagnóstico e tratamentos existentes, que o doente não possui. Ademais, no SNS, e no que respeita aos cuidados hospitalares, é ao médico de família que cabe a decisão de referenciar, ou não, o doente para um médico especialista, para exames ou tratamentos, ou mesmo para cirurgia.

O problema da assimetria de informação existe, quando uma das partes envolvidas numa qualquer transação, tem uma informação melhor que a outra parte sobre alguma variável (ou variáveis) que é relevante para o valor económico da relação.<sup>31</sup>

Com efeito, cabe ao profissional de saúde não só a prestação do cuidado em si, ou do tratamento, mas também o diagnóstico e aconselhamento médico.<sup>32</sup> O prestador de cuidados estará em melhor posição, para saber o que é melhor para o utente no seu caminho para o restabelecimento da sua saúde. O doente, não consegue percecionar

---

<sup>29</sup> (Dranove & Satterthwaite, 1992, pp. 533, 534) A procura de hospitais por parte dos consumidores pode seguir várias formas: através da recomendação de profissionais de saúde, o conselho de amigos ou familiar, através da publicidade disponível e por experiências anteriores relativas à prestação de cuidados de saúde.

No mesmo sentido (Jung, Feldman, & Scanlon, 2001)

<sup>30</sup> (Dixon, Robertson, Appleby, Burge, Devlin, & Magge, 2010, pp. 9-12)

<sup>31</sup> (Barros, 2006, p. 95)

<sup>32</sup> (Gaynor & Vogt, Antitrust and competition in health care markets, 1999, p. 7)

o seu problema da mesma maneira que o médico, assim, aquele vai delegar a decisão do tratamento a seguir no prestador, criando-se assim uma relação de agência.

### 2.1.3 Da relação de agência: a indução da procura e o risco moral

A relação de agência surge sempre que um agente económico delega noutro a tomada de uma decisão que influencia o valor da relação entre ambos.<sup>33</sup> O prestador de cuidados de saúde pode optar pelo tratamento mais caro, ou pelo mais acessível. O doente, por não ter a informação completa sobre o seu problema, vai aceitar aquele que o prestador propuser. Isto é, o prestador de cuidados de saúde, face aos dois tipos de tratamento, igualmente eficazes, pode propor o tratamento mais caro, se daí puder tirar uma vantagem económica ou outra. Ou pode em vez disso, prescrever uma série de exames ou tratamentos desnecessários, do ponto de vista clínico, que trarão ao prestador também um benefício. A este comportamento dá-se o nome de indução da procura.

A situação de indução artificial da procura resulta essencialmente de duas condições: a assimetria de informação e de uma relação de agência imperfeita. Estas duas situações permitem que o prestador exorbite a sua posição, maximizando o seu rendimento, em detrimento do bem-estar último do doente. Recorde-se que os utentes têm o direito a que lhe sejam prestados apenas os cuidados de saúde que efetivamente necessitam, bem como que os prestadores se abstenham de praticar atos que os prejudiquem, ou distintos daqueles que necessitem, com o único objetivo de obter para si, de forma direta ou indireta, um benefício que de outra forma não obteriam.

A par da indução da procura do lado da oferta, temos o efeito de risco moral que induz uma excessiva procura do lado dos utentes. Esta situação está intimamente ligada com a incerteza que os doentes enfrentam relacionada com o seu estado de saúde, com assimetrias de informação ou informação imperfeita.

---

<sup>33</sup> (Barros, 2006, p. 109),

O risco moral é normalmente estudado nas relações seguradoras/segurado, em situações em que o doente apenas é responsável pelo pagamento de uma franquia ou copagamento, estando o reembolso ao prestador a cargo de uma seguradora.<sup>34</sup>

O consumidor de cuidados de saúde, não tem a perceção do custo real do ato clínico, o que pode levar a um consumo excessivo.

Associado ao fenómeno do risco moral do lado da procura, temos a seleção adversa que pode ocorrer nos casos em que as seguradoras deixam de querer contratar com aqueles utentes que gastam os recursos da seguradora, favorecendo aqueles utentes que, em princípio, não os utilizarão.<sup>35</sup>

## 2.2 Da regulação do mercado da Saúde: a Entidade Reguladora da Saúde

Na tentativa de minimizar alguns destes efeitos, o mercado da saúde, é um mercado regulado, uma vez que a prestação de cuidados de saúde não é um monopólio natural e a concorrência desenvolve um importante papel em assegurar que os consumidores obtêm os cuidados que necessitam a um preço razoável. As entidades reguladoras ajudam a manter a concorrência nos mercados e certificam-se que os prestadores competem para satisfazer a procura.<sup>36</sup>

Em Portugal, a regulação do mercado da saúde está a cargo da Entidade Reguladora da Saúde (ERS). Os Estatutos da ERS foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 126/2014, 22 de agosto. A ERS tem por missão a regulação, supervisão, e a

---

<sup>34</sup> No entanto, o risco moral da procura excessiva de cuidados de saúde pode também ser analisado na relação entre os utentes e o SNS uma vez que também nesta situação, os utentes apenas pagam uma fração do custo da prestação de cuidados de saúde, através de uma taxa moderadora. Note-se que a cobrança de uma taxa no acesso a um determinado cuidado de saúde, tem como função a moderação do consumo de cuidados de saúde, face às reais necessidades do utente; *“Pretende-se, assim, que a taxa moderadora exerça uma pressão sobre o utente, no momento da tomada de decisão de recorrer a determinado cuidado de saúde, apta a moderar ou racionalizar o consumo excessivo de cuidados de saúde.”* Refira-se, no entanto, que, no caso do consumo de cuidados de saúde, *“a decisão de consumo”* é, na maioria das vezes, e como visto *supra*, *“partilhada entre utente e prestador de cuidados de saúde. A prescrição médica tem, pois, um papel fundamental na tomada de decisão de consumo, que não dependerá exclusivamente da vontade do utente, mas igualmente de uma decisão médica, fazendo com que a pressão exercida no utente se encontre, pelo menos parcialmente, comprometida.”* (ERS, O novo regime jurídico das taxas moderadoras, 2013, pp. 10-14)

<sup>35</sup> (Nunes, 2014, p. 159)

<sup>36</sup> (Trade & Justice, 2004, p. 42)



promoção e defesa da concorrência, respeitantes às atividades económicas na área da saúde dos setores privados, público e social.

As atribuições da ERS compreendem a supervisão da atividade e funcionamento dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde. Os Estatutos da ERS referem que são objetivos da atividade reguladora da ERS assegurar o cumprimento dos critérios de acesso aos cuidados de saúde<sup>37</sup>; garantir os direitos e interesses legítimos dos utentes e zelar pela legalidade e transparência das relações económicas entre todos os agentes do sistema.<sup>38</sup>

As normas do direito da concorrência são regras de aplicabilidade geral e regulam o mercado de cuidados de saúde, da mesma forma que regulam todos os outros mercados.

O direito da concorrência foi-se desenvolvendo ao longo dos anos, com um importante objetivo: a proteção do consumidor. A legislação de concorrência tem como principal função a promoção e defesa da concorrência<sup>39</sup>, isto é, saber se as empresas exercem o seu poder de mercado de forma a restringir a concorrência, seja através da limitação da produção, da fixação de preços anti concorrenciais ou na obtenção de lucros monopolistas.

O consumidor estará tanto mais protegido, quanto maior for a concorrência entre os prestadores dos bens ou serviços que o consumidor pretende adquirir.<sup>40</sup>

Para efeitos da lei da concorrência,<sup>41</sup> considera-se *“empresa qualquer entidade que exerça uma atividade económica, que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.”*

---

<sup>37</sup> O artigo 12º dos Estatutos da ERS refere que no que toca à garantia de acesso aos cuidados de saúde incumbe à ERS prevenir e punir as práticas de indução artificial da procura de cuidados de saúde e zelar pelo respeito da liberdade de escolha nos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, incluindo o direito à informação.

<sup>38</sup> No que respeita à promoção e defesa da concorrência, o artigo 16º dos Estatutos da ERS determina que incumbe à ERS, em cooperação com a AdC, zelar pelo respeito da concorrência nas atividades abertas ao mercado sujeitas à sua regulação.

<sup>39</sup> Lei 19/2012, de 8 de maio, que estabelece o regime jurídico da concorrência.

<sup>40</sup> (Andriychuk, 2009)

<sup>41</sup> Artigo 3º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Especificamente sobre os Hospitais do SNS, que estão organizados como entidades públicas empresariais (E.P.E)<sup>42</sup>, refere a lei da concorrência que estas também se encontram sujeitas ao regime jurídico da concorrência.<sup>43 44</sup>

### 2.3 Do mercado relevante e mercado geográfico

Para aferir da existência de concorrência num determinado mercado, é necessário, antes de mais, identificar as características do mercado onde as empresas atuam. Para tanto, utilizam-se as definições de mercado relevante<sup>45</sup> e mercado geográfico, para aferir as condições de concorrência existentes num mercado específico.

A posição no mercado de uma qualquer empresa afere-se tendo por base os produtos ou serviços fornecidos por essa mesma empresa.

Geralmente a definição da dimensão material do mercado relevante é realizada através da averiguação da substituíbilidade dos produtos, isto é, saber se os produtos/serviços são considerados substituíveis pelos consumidores, quanto ao preço ou quanto às características do produto ou a sua utilização final.<sup>46</sup>

Quanto às características do produto/utilização final, devido à existência de assimetrias de informação e da incerteza dos utentes, estes poderão não ser capazes

---

<sup>42</sup> Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de dezembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 12/2015, de 26 de janeiro, que determina o regime jurídico do Hospitais, E.P.E.

<sup>43</sup> N.º 1 do artigo 4 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

<sup>44</sup> Sobre a questão de se saber se os prestadores de cuidados de saúde públicos do SNS, são ou não empresas para efeitos de direito da concorrência (Odudo, 2011, pp. 231-241) De acordo com a posição assumida pelo autor “o conceito de empresa determina o âmbito de aplicação das leis da concorrência. Empresas são entidades que desenvolvem uma atividade económica que envolve a prestação de um bem ou serviço e cujo objetivo principal é a obtenção de lucro. Assim, só se encontram fora do âmbito da concorrência aquelas entidades que participam em atividades não económicas. Assim só em raras exceções se poderá considerar que a prestação de cuidados de saúde não se aplica a uma atividade não económica.” Por outro lado, de acordo com o critério de exclusão, é possível concluir que o SNS presta serviços, que potencialmente poderiam gerar lucros. E que apenas são tendencialmente gratuitos por questões normativas e ideológicas. Em sentido contrário, (Louri, 2005, pp. 87-97).

<sup>45</sup> (Pais, Entre a inovação e concorrência: Em defesa de um modelo europeu, 2011, pp. 368, ss) e Comunicação da Comissão Europeia relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência (97/C 372/03), de 9-12-1997.

<sup>46</sup> (ERS, Parecer da ERS sobre a operação de concentração com a Referência Ccent 18/2015 - José de Mello Saúde/Hospital Privado de Santarém, 2015, pp. 4-6)

de percecionar a qualidade do ato médico, como o fariam relativamente a outro produto.<sup>47</sup>

Já quanto ao preço do produto, pretende-se verificar se os consumidores transfeririam a sua procura para outros produtos de substituição disponíveis ou para prestadores situados noutros locais em resposta a um ligeiro aumento do preço.<sup>48</sup>

Note-se, no entanto que, quando falamos de prestação de cuidados de saúde dos utentes do SNS não podemos deixar de referir que existe uma taxa associada à prestação destes serviços, que está prévia e administrativamente fixada.

O que significa que, no mercado em causa, foi retirado da tensão concorrencial o fator “preço”, do lado da procura.<sup>49</sup>

O mercado pode também sofrer pressões do lado dos concorrentes, ou seja pode ser necessário ter em conta a substituibilidade do lado da oferta, isto é saber se as empresas, rapidamente, conseguem/podem aumentar a oferta do produto *“sem incorrer em custos ou riscos suplementares significativos em resposta a pequenas alterações duradouras nos preços relativos.”* Nestes casos, diz a Comissão Europeia, *um impacto deste tipo, em termos de eficácia e efeito imediato, é equivalente ao efeito da substituição do lado da procura.*

O mercado relevante tem também uma dimensão geográfica. O mercado relevante em termos geográficos compreende a área em que as empresas fornecem produtos/serviços, em que as condições de concorrência são suficientemente homogéneas e, que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto de, em especial, as condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.

Para a aferição das áreas geográficas vizinhas, e no que toca ao mercado da saúde é usualmente usado o método das áreas de influência, que são definidas com base no

---

<sup>47</sup> Refira-se a prestação de cuidados de saúde implica uma relação de confiança, uma vez que escolhido um profissional de saúde em que se confia, não se pretenderá alterar essa relação.

<sup>48</sup> (Pais, Entre a inovação e concorrência: Em defesa de um modelo europeu, 2011, p. 377) A Comissão Europeia adotou a metodologia SSNIP (*small but significant and non-transitory price increase*), procurando medir o efeito ao nível dos consumidores de um hipotético aumento pequeno mas significativo (entre os 5 a 10%) e duradouro dos preços num determinado período de tempo.

<sup>49</sup> Apesar das taxas moderadoras serem fixadas e cobradas aos utentes de forma igual em todo o território, o valor pago aos prestadores pelos serviços efetuados, pode não ser o mesmo para todos. As diferenças podem surgir pela negociação feita pelas partes e ainda consoante a região do país.

tempo máximo de viagem, “*pelo que se a maioria dos clientes se localiza a x minutos de viagem de cada um dos estabelecimentos, poder-se-á definir os mercados como as áreas de influência (ou isócronas) de x minutos de viagem de cada estabelecimento.*”<sup>50</sup>

No caso da prestação de cuidados de saúde hospitalares, conclui-se que devem ser definidas áreas de influência até cerca de 90 minutos de viagem.<sup>51 52 53</sup>

### 2.3.1 Da caracterização do mercado de saúde português

O sistema de saúde é constituído pelo SNS e por todas as entidades públicas que desenvolvam atividades de promoção, prevenção e tratamento na área da saúde, bem como por todas as entidades privadas e por todos os profissionais livres que acordem com a primeira a prestação de todas ou de algumas daquelas atividades, que compõem a Rede Nacional de Prestação de Cuidados de Saúde (RNPCS).<sup>54</sup>

O acesso dos utentes beneficiários do SNS à RNPCS é realizado através de estabelecimentos privados<sup>55</sup>, com ou sem fins lucrativos<sup>56</sup>, com os quais tenham sido celebradas convenções ou acordos destinados a esse fim.<sup>57</sup>

---

<sup>50</sup> (ERS, Parecer da ERS sobre a operação de concentração com a Referência Ccent 18/2015 - José de Mello Saúde/Hospital Privado de Santarém, 2015, p. 7)

<sup>51</sup> (ERS, Parecer da ERS sobre a operação de concentração com a Referência Ccent 18/2015 - José de Mello Saúde/Hospital Privado de Santarém, 2015, pp. 7 - nota de rodapé 5)

<sup>52</sup> (Trade & Justice, 2004, pp. 19 - Capítulo 4, II, B.3) Neste estudo os investigadores concluíram que a maioria dos pacientes preferem ser hospitalizados perto de casa. Alguns doentes estão dispostos a viajar longas distâncias se necessitarem de cuidados mais especializados. Por outro lado, existem doentes que escolhem outros hospitais que não o da residência por ser o local de trabalho ou por terem família perto. No mesmo sentido (Dixon, Robertson, Appleby, Burge, Devlin, & Magge, 2010, p. 20)

<sup>53</sup> De uma perspetiva conceptual, as conclusões indicam que num cenário em que a decisão do doente na escolha do hospital não se baseia no preço, a perspetiva do tempo elasticidade pode funcionar como um instrumento apropriado para a substituíbilidade da procura e a aferição da concorrência. (Varkevisser, Geest, & Schut, 2009, p. 59)

<sup>54</sup> N.º 1 da Base XIII da LBS.

<sup>55</sup> Os prestadores convencionados com o SNS consistem “*em entidades de natureza privada (ou social) que, por contrato, asseguram prestações de saúde a um conjunto de cidadãos e/ou participam financeiramente nos correspondentes encargos*”. - (ERS, Relatório sobre a Carta dos Direitos dos Utes - Draft Preliminar, 2011, p. 77)

<sup>56</sup> Sobre a contratação do Estado com o setor social, no que toca a consultas de especialidade, ver por exemplo o Acordo entre a Santa Casa da Misericórdia de Fão e o SNS. <http://scmfao.pt/hospital/apoio-ao-cliente/acordos/sistemas-de-saude-e-equiparados>, acedido pela última vez em 21 de abril de 2016

<sup>57</sup> N.º 4 da Base XIII da LBS e o Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro.

Por sua vez, os beneficiários dos subsistemas de saúde acham-se cobertos por específicos mecanismos de proteção na doença, os quais se apresentam como responsáveis por assegurar, a esses cidadãos, os custos resultantes da prestação de cuidados de saúde.

Em Portugal, temos assim, três mercados distintos a considerar: o setor público, em sentido amplo, que abrange o SNS e os prestadores convencionados; o setor privado, que engloba os prestadores particulares (sejam hospitais privados, clínicas ou profissionais liberais); e o setor social (como as Misericórdias).<sup>58</sup>

É assim reconhecido um sistema de saúde que consagra a complementaridade e o carácter concorrencial do setor privado (e social) na prestação de cuidados.

Para efeitos do presente trabalho, incidiremos a nossa análise apenas na prestação de serviços de consulta hospitalares, oferecidas nos hospitais público.

---

<sup>58</sup> (Trade & Justice, 2004, p. 33) que refere existir evidências que os estabelecimentos sem fins lucrativos, podem tentar explorar o poder de mercado, se lhes for dada essa oportunidade. Assim, no caso de concentrações de hospitais, estes devem também ser tidos em consideração na análise de práticas anti concorreciais.

Em sentido contrário (Gaynor & Vogt, Antitrust and competition in health care markets, 1999, p. 10)

## 2. Dos problemas jurídicos

---

### 1. Da aplicação da Diretiva 2011/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2011

A Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto, transpõe para o ordenamento jurídico português a Diretiva n.º 2011/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2011, que estabelece as normas de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços.

A transposição da Diretiva criou, potencialmente, dois problemas: a subordinação dos cidadãos a uma autorização prévia, que pode funcionar como uma limitação à livre circulação de pessoas, mas também a possibilidade de os cidadãos portugueses se encontrarem numa situação de discriminação inversa em relação aos nacionais de outros Estados Membros (EM).

O Artigo 20º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) institui a cidadania europeia definindo como cidadão da União qualquer pessoa que tenha nacionalidade de um EM e, entre outros direitos, prevê o direito de circular e permanecer livremente no território dos EM.

O direito à livre circulação está consagrado no Artigo 21º do TFUE permitindo que qualquer cidadão da União goze do direito de circular livremente no território dos EM.<sup>59</sup>

O direito à livre circulação foi primeiramente pensado para os *fatores de produção* (trabalhadores, profissionais liberais e prestadores de serviços), mas foi gradualmente mudando até à instituição da liberdade do indivíduo de se mover livremente.<sup>60</sup>

Refira-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ), através da jurisprudência, foi alargando o âmbito do direito à livre circulação de forma a garantir e a proteger os direitos sociais dos cidadãos da União Europeia.<sup>61 62</sup>

---

<sup>59</sup> Ver também Artigo 56º da TFUE que institui a livre circulação dos serviços, que institui a livre circulação dos serviços “*as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação.*”

<sup>60</sup> (Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 2010, p. 250)

<sup>61</sup> Sobre as decisões do TJ sobre os direitos sociais (Lanaerts & Foubert, 2001, pp. 284-285)

A importância da cidadania europeia ganhou força no Acórdão Grzelczyk<sup>63</sup>, em que o TJ afirmou “o princípio do tratamento igual, dos cidadãos da União, independentemente da sua nacionalidade”.<sup>64</sup>

O direito à livre circulação dos cidadãos da União não é um direito absoluto e, por isso pode estar sujeito a limitações. São aceites pelos Tratados, e pela jurisprudência do TJ,<sup>65</sup> limitações à liberdade de circulação com as seguintes justificações: ordem pública, segurança pública e saúde pública.<sup>66 67</sup>

Refira-se quanto às restrições à livre circulação, na senda do que vinha já sendo invocado pelo Tribunal de Justiça que “a proteção da saúde pública constitui uma das razões imperiosas de interesse geral que podem justificar restrições à livre circulação prevista nos Tratados.” Além disso apesar de ser permitido aos Estados Membros “adotar medidas relativas ao acesso suficiente e perante, tais medidas devem limitar-se ao necessário e proporcional e não podem constituir um meio de discriminação arbitrária.”<sup>68</sup>

A Diretiva dos cuidados transfronteiriços ambiciona proteger o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, mas também o princípio da livre circulação de pessoas. Posição, claramente assumida, uma vez que refere que os EM deverão respeitar os princípios da livre circulação de pessoas no mercado interno, da não

---

<sup>62</sup> Processo C- 413/99, de 17/09/2012 (Ac. Baumbast) p. 75, 81 e 82 e 94; Processo C-224/98, de 11/07/2002 (Ac. D’Hoop), p. 28 a 30 e 34 e Processo 138/02, de 23/03/2004, (Ac. Collins) p. 57, 63 e 73 em que o TJ afirmou que os cidadãos, mesmo que não ativos, podiam invocar o princípio da não discriminação, desde que legalmente residentes no EM de acolhimento.

<sup>63</sup> Processo C - 184/99, de 20/09/2011, (Ac. Grzelczyk), p. 28 e 31.

<sup>64</sup> (Barnard, The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms, 2010, p. 250)

<sup>65</sup> Processo 41/74, de 4/12/1974 (Ac. Van Duijn), p. 13, 14 e 18, Processo C- 413/99, de 17/09/2012 (Ac. Baumbast) em que o TJ vem afirmar o efeito direito do artigo 21º e 45º, referindo no entanto que os direitos do cidadão estão sujeitos aos limites e condições previstas nos Tratados, que devem estar sujeitas ao controlo jurisdicional do tribunal. (Pais, Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia, 3ª Edição - 2013, pp. 311-314)

<sup>66</sup> Artigos 27º a 29º da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, e artigos 22º e ss da Lei n.º 37/2006, de 9 de agosto que transpõe a Diretiva.

<sup>67</sup> Sobre a imposição de autorizações/permittências para o exercício de uma atividade ou serviço, Artigos 9º e ss e 16º e ss da Diretiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, e artigos 4º, 8º e 9º do Decreto – Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, que transpõe a Diretiva.

<sup>68</sup> Considerando 11 da Diretiva 2011/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2011

discriminação, nomeadamente por razões de nacionalidade e da necessidade e proporcionalidade de quaisquer restrições à livre circulação.

Apesar disso, a Diretiva salvaguarda a existência de limites ao princípio da livre circulação.

### 1.1. Da autorização prévia

A Diretiva determina que o EM pode prever um sistema de autorização prévia que por sua vez, pode ser rejeitada, estando a recusa ligada a razões de segurança, tanto para o doente como para o público em geral. Também a autorização prévia pode ser indeferida se os cuidados puderem ser prestados no seu território do EM de afiliação num prazo útil.

A Portaria n.º 191/2014, de 25 de Setembro, define quais os cuidados de saúde sujeitos a autorização prévia e determina as regras aplicáveis a este sistema. A lei portuguesa determina que os pedidos de autorização prévia possam ser indeferidos, nos casos em que exista “*com grau de certeza razoável*” um risco de segurança para o doente ou para a população, ou se os cuidados de saúde em causa puderem ser prestados em Portugal num prazo útil fundamentado do ponto de vista clínico.

Quanto à primeira hipótese, estará ligada a razões de segurança pública, que é uma das justificações para a existência de limitações para a livre circulação de pessoas.<sup>69</sup>

A questão coloca-se quanto à segunda hipótese - será aceitável criar obstáculos administrativos, que limitam a livre circulação dos utentes, quando não estão em causa razões de ordem, segurança e saúde pública?

Refira-se quanto a esta questão que não estão em causa razões economicistas, primeiro porque o Estado apenas tem de realizar o reembolso até ao valor que seria pago se o utente tivesse sido tratado em Portugal, por um lado, e por outro, está expressamente proibido a possibilidade de recusa da autorização prévia por motivos económicos.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Alínea d) do n.º 3 do Artigo 14º, da Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto.

<sup>70</sup> N.º 4 do artigo 7º da Diretiva dos cuidados transfronteiriços e o Processo C-385/99, de 13/05/2003, (Ac. Muller –Fauré e Van Riet) que refere “*Importa recordar que, segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, objetivos de natureza puramente económica não podem constituir um entrave ao princípio fundamental da livre prestação de serviços*”.



Quanto a esta questão, numa ação por incumprimento contra Portugal,<sup>71</sup> o TJ decidiu que “*ao subordinar o reembolso das despesas [dos cuidados de saúde realizados noutra EM] à concessão de uma autorização prévia, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 49º TCE (agora Artigo 56º do TFUE).*”<sup>72</sup>

A sujeição da prestação de cuidados de saúde transfronteiriços a um pedido de autorização prévia, uma vez que pode ser utilizado como um entrave à livre circulação das pessoas e serviços, deve apenas ser utilizado em casos excecionais.<sup>73</sup>

No entanto, em Portugal a sujeição dos cidadãos a uma autorização prévia é a regra.

Parece-nos que esta questão implica um limite aos cidadãos nacionais que não é compatível com os princípios da livre circulação, tal como determinado pelo Artigo 21º e 56º do Tratado.

## 1.2 Da discriminação inversa

Sobre a transposição da Diretiva pode ser ainda colocado outro problema relacionado com as restrições ou limitações à liberdade de circulação e liberdade de escolha dos utentes, que é o problema da discriminação inversa.

A doutrina refere três tipos de discriminação em razão da nacionalidade, a saber: discriminação direta, que ocorre quando a lei de um EM trata favoravelmente o nacional daquele EM, em oposição ao nacionais de outros EM; a discriminação indireta, isto é, apesar da lei do EM não tratar favoravelmente o nacional do EM, impõe certos requisitos aos não nacionais que permitem concluir que se trata de uma discriminação, ou seja, há discriminação indireta sempre que determinada medida ou regulamentação, tendo por base critérios aparentemente neutros, se revela *in concreto* como suscetível de colocar em situação de desvantagem determinado grupo de indivíduos, protegidos pela proibição de discriminação,<sup>74</sup> e finalmente a discriminação

---

<sup>71</sup> Processo C- 255/09, de 27/10/2011 (Ac. Comissão vs Portugal)

<sup>72</sup> (Steyger, 2002, pp. 97-107)

<sup>73</sup> Processo C- 158/96, de 28/04/1998 (Ac. Kohll); Processo C- 157/99, de 12/07/2001 (Ac. Gereats Smits) e C-385/99, de 13/05/2003 (Ac. Muller –Fauré e (Barnard, The Substantive Law of the EU - The Four Freedoms, Fourth Edition, 2013, p. 511)

<sup>74</sup> (Canotilho & Silveira, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, 2013, p. Comentário ao artigo 21º)

inversa, naquelas situações em que os nacionais do EM têm um tratamento desfavorável em relação aos não nacionais.

Quanto à transposição da Diretiva dos cuidados transfronteiriços, impõe-se falar de duas situações: por um lado, a lei portuguesa limita o direito ao reembolso, quando se trata de cuidados não sujeitos a autorização prévia, através uma consulta por um médico de família, e por outro, permite que um qualquer cidadão da União Europeia, se desloque dentro do território português, para receber cuidados de saúde hospitalares.

Com efeito, os cidadãos nacionais quando necessitam de recorrer aos serviços de saúde hospitalares, primeiramente, devem ser vistos por um médico dos cuidados primários que vai atestar da necessidade do utente recorrer ou não a uma consulta de especialidade. Existe assim um controlo prévio, sobre a necessidade do utente utilizar os cuidados de saúde hospitalares.

Ultrapassada essa barreira administrativa, os utentes são ainda sujeitos a uma barreira geográfica, uma vez que serão encaminhados para o hospital de influência do Centro de Saúde, não podendo exercer a sua escolha livre e informada.

Ora, um cidadão de um outro EM, que pretenda receber cuidados hospitalares no nosso país, não só não será sujeito à barreira administrativa da obrigatoriedade de recorrer ao centro de saúde, como ainda não estará limitado a qualquer barreira geográfica.

Significa isto, que confrontados com um direito igual, aceder à prestação de cuidados de saúde dentro do território nacional, os utentes portugueses estão sujeitos a condicionalismos de acesso, que não são impostos aos cidadãos de outros EM, encontrando-se, por isso, numa situação desfavorável em relação aos não nacionais.

Esta situação pode configurar uma situação de discriminação inversa.<sup>75</sup>

Note-se que *“não há qualquer vontade por parte dos Estados de discriminarem contra os próprios nacionais: o problema da discriminação em sentido inverso só surge porque o direito da União obriga os Estados a tratarem os nacionais de outros Estados Membros de uma forma que não tinha sido pensada para os próprios nacionais.”*<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> (Tryfonidou, What can the Court’s response to reverse discrimination and purely internal situations contribute to our understanding of the relationship between the restriction and discrimination concepts in the EU free movement law?, 2011)

<sup>76</sup> Poiares Maduro, “The Scope of European Remedies: The case of purely internal situations and reverse discrimination, in The Future of European Remedies, C. Kilpatrick, Novitz and

Esta situação não está claramente prevista nem nos Tratados uma vez que estes apenas proíbem a discriminação em razão da nacionalidade,<sup>77</sup> quando estamos perante uma limitação de um direito de um não cidadão de um EM quando confrontado com uma norma discriminatória e não já quando um nacional desse EM tem um tratamento desfavorável em relação a outros cidadãos da União Europeia.

O TJ por diversas vezes referiu que uma vez que se trata de questão puramente interna, que não está relacionado com pelo menos dois Estados Membros, está fora do alcance das disposições dos Tratados.<sup>78</sup>

Sobre a questão da discriminação inversa, o TJ é da opinião que *“a cidadania europeia, estabelecida no artigo 17º [agora Artigo 20º do TFUE] não tem por objectivo alargar o âmbito de aplicação material do Tratado a situações internas sem qualquer conexão com o direito comunitário, e quaisquer eventuais discriminações de que os nacionais possam ser objecto à luz do direito desse EM enquadram-se no âmbito de aplicação daquele, de modo que, devem ser resolvidas no quadro do sistema jurídico interno daquele Estado.”*<sup>79 80</sup>

Se a solução apresentada pelo TJ fosse diferente, e abarcasse todas as situações puramente internas na lei comunitária, poderíamos estar perante dois potenciais riscos, por um lado, os tribunais da União passariam a ser *“os “árbitros” de toda a legislação nacional, onerados com a verificação da sua compatibilidade com o direito da União Europeia (solução esta que poderia conduzir à desregulação, ser fonte de litígios constantes e tornar-se mesmo uma sobrecarga para os tribunais comunitários)”* e por outro lado, não permitiria *“salvaguardar a competência dos Estados Membros, nomeadamente quanto à regulação dos factores de produção (isto é mercadorias, trabalhadores, capitais e serviços), em situações sem vínculo ao direito da União*

---

Skidmore eds. Oxford, Hart, 2000, pág. 127 *apud* (Pais, Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia, 3ª Edição - 2013)

<sup>77</sup> Artigo 18º TFUE

<sup>78</sup> Processo 115/78, de 7/02/1979. (Ac. Knoors), p. 24, e (Tryfonidou, Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe, 2008, p. 45) e (Shuibhne, 2002, p. 773)

<sup>79</sup> Processos Apensos C- 64 e 65/96, de 5/06/1997 (Ac. Uecker e Jaquet), p. 23.

Decisão diferente recaiu sobre o Processo C-370/90, de 7/07/1992, (Ac. Singh), por o TJ ter considerado que existia uma conexão com o direito comunitário

<sup>80</sup> (Tryfonidou, Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe, 2008, p. 47)

*Europeia, dando-lhes a possibilidade de prosseguirem interesses diferentes dos que são aceites no plano europeu.”*<sup>81</sup>

Assim, no que respeita a questões puramente internas, aos nacionais do EM deve ser aplicada a lei nacional, no entanto, se o nacional tiver algum elemento de conexão com o direito comunitário, mesmo que numa situação idêntica, então ficará protegido da lei nacional, porque será aplicado o direito comunitário.<sup>82 83</sup>

A questão que se coloca, é saber quais os elementos de conexão aceites pelo Tribunal para considerar que a situação não é puramente interna. A resposta do TJ foi dada nos Acórdão Schemp<sup>84</sup> e Acórdão Garcia Avello.<sup>85</sup>

Sobre as decisões do TJ refira-se que, por um lado, em ambos os casos o Tribunal aceitou apenas elementos ténues de conexão, para afirmar que as situações não podiam ser consideradas puramente internas. Ademais, em ambas as situações, os cidadãos não tinham utilizado o seu direito de se mover livremente, e por isso, ao aceitar a aplicação do direito comunitário a cidadãos sedentários, o TJ estaria a alargar o âmbito da aplicação da lei comunitária a situações puramente internas.<sup>86 87</sup> Como nos casos Rottman, Zambrano e Dereci,<sup>88</sup> em que o Tribunal afastou o elemento de livre circulação, autonomizando o direito à cidadania.

---

<sup>81</sup> (Pais, Todos os cidadãos da União Europeia têm direito de circular e residir no território dos Estados-Membros mas uns têm mais direito do que os outros, 2010, p. 487) e (Ritter, 2006, p. 710)

<sup>82</sup> (Ritter, 2006, p. 691)

<sup>83</sup> Processo C- 413/99, de 17/09/2012 (Ac. Baumbast) e Processo C- 85/96, de 12/05/1998 (Ac. Martinez Sala)

<sup>84</sup> Processo C-403/03, de 12/07/2005, p. 12 e ss e p. 25

<sup>85</sup> Processo C-148/02, de 2/10/2003, p. 28 e 29

<sup>86</sup> (Dautricourt & Thomas, 2009, p. 446) *apud* (Pais, Todos os cidadãos da União Europeia têm direito de circular e residir no território dos Estados-Membros mas uns têm mais direito do que os outros, 2010, pp. 488-489)

<sup>87</sup> A favor da eliminação do elemento transfronteiriço: Conclusões da AG Eleanore Sharpsston, no Processo C- 212/06, de 1/04/2008 (Ac. Governo da Comunidade Francesa e Governo Valão contra Governo Flamengo), p. 129, 132, 139, 144, 147.

A favor de uma solução legislativa (Pais, Todos os cidadãos da União Europeia têm direito de circular e residir no território dos Estados-Membros mas uns têm mais direito do que os outros, 2010, p. 492) *apud* (Dautricourt & Thomas, 2009, p. 451 e ss) “*um primeiro passo seria, segundo esses Autores, a alteração desejável do art. 3, n.º 1 da Diretiva 2004/38, que exige para a sua aplicação o exercício do direito de circulação. Simultaneamente defendem que nos casos do exercício de autonomia legislativa em Estados federados, a melhor opção seria aplicar-se a jurisprudência sobre as barreiras aduaneiras.*”

<sup>88</sup> Processo C- 135/03, de 2/03/2010; Processo C-34/09, de 8/03/2011 e Processo C-256/11, de 15/11/2011, respetivamente e (Carlier, 2013)

Refere o TJ que “O artigo 20º TFUE confere a qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro o estatuto de cidadão da União. O Tribunal de Justiça já declarou várias vezes que o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros. Nestas condições, o artigo 20º TFUE obsta a medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União.”

A mesma argumentação foi utilizada pelo TJ, no Acórdão Chen,<sup>89</sup> ao permitir que uma cidadã de um Estado terceiro, no caso a China, pudesse residir permanentemente no Reino Unido, com a filha, de nacionalidade irlandesa, por privar a cidadã menor, “de qualquer efeito útil do direito de residência”, adquirido por se tratar de uma cidadão da União Europeia.<sup>90</sup>

No entanto, o TJ continua a fazer uma interpretação restritiva do Artigo 21º, que ficou clara no caso MacCarthy<sup>91</sup>, em que o Tribunal decidiu que o direito de circular e permanecer livremente no território dos EM não é aplicável a um cidadão da União que nunca tenha feito uso do seu direito de livre circulação, desde que a situação desse cidadão não comporte a aplicação de medidas de um Estado-Membro que tenham por efeito privá-lo do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União ou dificultar o exercício do seu direito de circular e de residir livremente no território dos EM.<sup>92</sup>

Assim, o direito comunitário apesar de proteger aqueles que circulam livremente entre dois EM, ainda, discrimina aqueles que não se movimentam pelo território europeu.

---

<sup>89</sup> Processo C- 200/02, de 19/10/2004, p 45.

<sup>90</sup> Conclusões do AG Antonio Tizzano, no Processo C- 200/02, de 19/10/2004 (Ac. Chen) “Segundo a jurisprudência comunitária constante, a nacionalidade de um Estado-Membro diferente do Estado-Membro de residência é elemento suficiente para determinar a aplicação das disposições do direito comunitário, mesmo quando a pessoa que invoca essas disposições nunca tenha passado as fronteiras do Estado-Membro de residência, Em especial, no recente acórdão Garcia Avello, o Tribunal de Justiça esclareceu que “todavia, essa conexão com o direito comunitário existe no que respeita a [...] nacionais de um Estado-Membro a residir legalmente no território de outro Estado-Membro”, independentemente do facto de terem exercido as liberdades de circulação previstas no Tratado ou, em vez disso, como naquele caso, terem vivido desde o nascimento no território do Estado-Membro de acolhimento. Quanto aos artigos 49.º CE e seguintes, é sabido que um dos objectivos da liberdade neles instituída é justamente o de facilitar a circulação das pessoas que precisam de se deslocar para receber prestações de serviços.”

<sup>91</sup> Processo C-434/09, de 5/05/2011.

<sup>92</sup> (Lanaerts & Foubert, 2001, pp. 17, 18)

A medida é de facto inconsistente e pode afetar os cidadãos que não pretendem usufruir do direito à liberdade de circulação.<sup>93</sup>

A AG Eleanore Sharpston, no seu comentário ao Acórdão Zambrano, pede ao TJ que proíba a discriminação inversa quando se trate de violações aos direitos fundamentais: *“O TJ deve pelo menos garantir a igualdade na proteção dos direitos fundamentais para todos os cidadãos europeus.”* Sugerindo ainda que *“se interprete o artigo 18º do TFUE como uma proibição da discriminação inversa causada pela interação entre o artigo 21º da Carta e uma lei nacional que viola um direito fundamental protegido pelas normas europeias.”*

Por outro lado, o AG Poiares Maduro é da opinião que *“A solução [da discriminação inversa] passará pela aplicação, pelas autoridades nacionais e nomeadamente pelo órgão jurisdicional nacional, do princípio da não discriminação enquanto princípio geral de direito da união europeia, que faz parte dos direitos que entram diretamente no património pessoal dos nacionais dos Estado-Membros, na sua qualidade de cidadãos da União; ou seja, este princípio terá uma existência independente e um alcance autónomo não ficando a sua aplicação condicionada à utilização prévia das liberdades comunitárias.”*<sup>94</sup>

Não obstante não tenha sido desejada, nem prevista, esta situação é uma consequência necessária da aplicação do direito comunitário. Embora nos seus principais elementos faça parte do direito interno, esta situação é também uma situação residual do ponto de vista comunitário. Pelos efeitos que gerou voluntária ou involuntariamente o direito comunitário torna-se um dos seus elementos constitutivos.<sup>95</sup>

Do nosso ponto de vista, esta é a solução que mais vantagem traria para resolver a questão da discriminação inversa.

Relativamente à aplicação da Diretiva no ordenamento jurídico português sempre se dirá que a norma não é discriminatória de *per si*. No entanto, confrontando o acesso dos utentes portugueses *versus* o acesso dos utentes não nacionais, verifica-se que a lei cria uma entropia no direito à livre circulação aos utentes portugueses, quer a nível nacional, por não permitir que os utentes se desloquem dentro do território português,

---

<sup>93</sup> (Shuibhne, 2002, p. 770)

<sup>94</sup> Conclusões do AG Poiares Maduro no Processo C- 72/03, de 9/09/2014 (Ac. Carbonati)

<sup>95</sup> (Pais, Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia, 3ª Edição - 2013, p. 325)

para receber cuidados de saúde hospitalares, quer também porque cria uma barreira de acesso aos cuidados transfronteiriços, por exigir aos utentes uma consulta prévia, que resultará um deferimento para poderem receberem os cuidados de saúde noutros EM.

É, assim, necessário que Portugal reveja a sua posição sobre a aplicação da Diretiva no que toca à autorização prévia, e mais ainda deve ser estabelecido em Portugal a liberdade de escolha dos estabelecimentos públicos de saúde, no sentido de os utentes portugueses não serem afetados, negativamente, em relação aos outros cidadãos na União Europeia.

## 2. A liberdade de escolha é uma forma de promover a concorrência no setor público?

A liberdade de escolha, como efetiva opção pelos utentes tem, em teoria, dois benefícios imediatos. Por um lado, permite que os utentes escolham o hospital que melhor se adequa às suas necessidades e por outro lado, pode potencialmente, forçar os prestadores de cuidados a reagir e a “competir” pelos utentes, seja através de melhorias significativas da qualidade dos cuidados, seja por exemplo, através da diminuição dos tempos de espera para consulta.<sup>96</sup>

### 2.1 Da liberdade de escolha: o caso do Reino Unido

A liberdade de escolha no serviço nacional de saúde já se encontra implementada em alguns países, como o Reino Unido.

Considerando que o SNS possui uma organização e funcionamento muito similar<sup>97</sup> ao do serviço nacional de saúde inglês (NHS), procurou-se encontrar evidências sobre a

---

<sup>96</sup> (Appleby, Harrison, & Devlin, 2003, pp. 14-15)

<sup>97</sup> O NHS foi criado em 1948. O sistema de financiamento do NHS é realizado através do Orçamento de Estado e encontra-se organizado através de cuidados primários em que o médico de família referencia o doente para os cuidados secundários.

importância da liberdade de escolha dos utentes nos serviços de saúde e a sua implicação no aumento da concorrência e melhoria da qualidade destes serviços.<sup>98</sup>

Em 2002, o governo inglês criou um projeto-piloto<sup>99</sup> que permitia aos utentes que se encontravam a aguardar há mais de um ano por uma consulta, a oportunidade de poderem escolher um hospital alternativo, que tivesse capacidade para atender os utentes em tempo útil.

A partir de 2006, todos os utentes passaram a ter à sua disposição a possibilidade de escolher entre quatro prestadores de cuidados de saúde, para onde queriam ser encaminhados. Esta reforma foi acompanhada por uma alteração no financiamento dos hospitais que passaram a receber incentivos financeiros para atrair mais utentes. Para exercer a sua escolha, os utentes tinham à sua disposição informação sobre os tempos de espera e os resultados clínicos do hospital.

Por sua vez, em 2008, os utentes do NHS começaram a poder escolher, também prestadores privados, financiados nos mesmos termos que os hospitais públicos. No entanto, e ao contrário do que sucede na RNPCS, estes prestadores privados tinham a hipótese de recusar doentes se estes tivessem uma doença potencialmente fatal.<sup>100</sup>

Após a entrada em vigor destas reformas foram desenvolvidos estudos<sup>101</sup> que tinham como objetivo verificar o impacto das medidas: no comportamento dos hospitais cujo financiamento era fixo, na qualidade dos cuidados oferecidos pelos hospitais e na qualidade e produtividade dos hospitais públicos com novas entradas no mercado, incluindo hospitais privados.<sup>102</sup> Os resultados mostram que nos mercados em que os preços são fixos, a concorrência pode aumentar através da melhoria da qualidade clínica. E que nos mercados mais competitivos os indicadores de qualidade melhoraram mais depressa que nos mercados menos competitivos. Para além disso

---

<sup>98</sup> (Gaynor, Serra-Moreno, & Propper, Death By market power: reform, competition and patient outcomes in the national health service, 2010, pp. 3, 31-32)

<sup>99</sup> Sobre as reformas operadas pelo governo inglês no mercado da saúde (Cooper, Gibbons, Jones, & McGuire, Does competition improve public hospital's efficiency? - Evidence from a quasi-experiment in the English National Health Service CEP Discussion Paper n. 1125, 2012, pp. 4-6) e (Dixon, Robertson, Appleby, Burge, Devlin, & Magge, 2010, pp. 1-3)

<sup>100</sup> (Cooper, Gibbons, Jones, & McGuire, Does competition improve public hospital's efficiency? - Evidence from a quasi-experiment in the English National Health Service CEP Discussion Paper n. 1125, 2012, pp. 4-6)

<sup>101</sup> (Cooper, Gibbons, Jones, & Macguire, Does hospital competition save lives?, 2011)

<sup>102</sup> Os resultados podem ser consultados em (Cooper, Gibbons, Jones, & McGuire, Does competition improve public hospital's efficiency? - Evidence from a quasi-experiment in the English National Health Service CEP Discussion Paper n. 1125, 2012, pp. 6-11)



concluíram estes estudos que os hospitais que estavam sujeitos a maior concorrência eram melhor administrados, o que resultava em melhores resultados financeiros.<sup>103</sup>

Ainda, foi realizado um outro estudo<sup>104</sup> com o objetivo de aferir se a escolha dos utentes tinha algum tipo de influência na concorrência entre os prestadores.

As conclusões do estudo em causa revelaram que dependendo do âmbito da prestação de serviços ou a dimensão do hospital estes tinham maior ou menor interesse em competir entre eles através da captação de novos utentes.<sup>105</sup> As conclusões foram as seguintes: os hospitais altamente especializados não se encontravam focados nas preferências dos utentes, uma vez que a referenciação dos utentes era realizada por outros hospitais e a escolha dos utentes tinha pouca relevância para a sua atividade. Os hospitais de média dimensão que se encontravam a trabalhar acima da sua capacidade instalada, e não podiam aumentar as instalações ou contratar mais recursos humanos, encontravam-se mais focados no cumprimento dos TMRG e não propriamente na captação de novos utentes.

Por fim, os hospitais de pequena dimensão tinham interesse em competir por um aumento de utentes, uma vez que pretendiam ser os hospitais de referência para a prestação de serviços de base.

Quanto à melhoria da qualidade, apesar de ser uma preocupação para a maioria dos hospitais, não estavam relacionados com a liberalização da escolha dos utentes. Por outro lado, por se tratar de um serviço de reputação, os hospitais tinham uma maior preocupação em prestar serviços de qualidade para que o utente voltasse e não exercesse a sua escolha para escolher outro hospital.<sup>106</sup>

Os autores do estudo apresentam quatro razões para que tanto o aumento da concorrência como a melhoria da qualidade nos serviços não tenha tido, ainda, um impacto no comportamento dos prestadores de cuidados de saúde. Em primeiro lugar porque não tinha ocorrido tempo suficiente desde a implementação da medida. Em segundo lugar porque a escolha dos utentes não se encontrava ainda totalmente

---

<sup>103</sup> (Cooper, Gibbons, Jones, & Mcguire, Does competition improve public hospital's efficiency? - Evidence from a quasi-experiment in the English National Health Service CEP Discussion Paper n. 1125, 2012, p. 8) (Gaynor & Town, Competition in healthcare markets, 2011, pp. 51-55) (Gaynor, Serra-Moreno, & Propper, Death By market power: reform, competition and patient outcomes in the national health service, 2010, pp. 3, 31-32)

<sup>104</sup> (Dixon, Robertson, Appleby, Burge, Devlin, & Magge, 2010, pp. 95-133)

<sup>105</sup> (Dixon, Robertson, Appleby, Burge, Devlin, & Magge, 2010, p. 115)

<sup>106</sup> (Dixon, Robertson, Appleby, Burge, Devlin, & Magge, 2010, p. 159)

implementada. Para além disso, os utentes continuavam fiéis aos seus hospitais de referência não exercendo totalmente a liberdade de escolha. E finalmente a obrigatoriedade do cumprimento dos tempos máximos anulava o interesse em atrair mais utentes.<sup>107</sup>

## 2.2 Das garantias de liberdade de escolha: a escolha informada

A ideia principal da liberalização da escolha dos utentes é que, consumidores informados<sup>108</sup> reforçam a concorrência no mercado de saúde, uma vez que vão utilizar a informação recolhida para selecionar os hospitais que oferecem melhor qualidade nos serviços e tratamentos. Por sua vez, os prestadores, pressionados pela escolha dos utentes, vão, eventualmente, sentir a necessidade de corrigir problemas existentes de forma a que os utentes optem pelos seus serviços.

A partir da análise de um estudo realizado sobre esta temática,<sup>109</sup> foi possível concluir quais as características que os utentes valorizam na escolha do hospital, aqui sem qualquer tipo de hierarquização: tempos de espera para primeira consulta, informação sobre a qualidade dos serviços prestados e a proximidade da residência/custos de transporte para aceder ao hospital.

Em Portugal, os tempos de espera para primeira consulta e a informação sobre a qualidade dos serviços prestados já se encontram disponíveis para consulta. Através do Despacho n.º 987/2016, de 20 de janeiro, do Gabinete do Ministro da Saúde,<sup>110</sup> passou a ser obrigatório que os estabelecimentos do SNS e do setor convencionado afixassem a informação atualizada relativa aos TMRG. Tendo sido, ainda criada uma plataforma eletrónica que permite, em tempo real e de forma centralizada, obter informação sobre os tempos de resposta.<sup>111</sup>

Desde 2011, é possível obter informação sobre a qualidade da prestação de cuidados de saúde através do Sistema Nacional de Avaliação em Saúde - SINAS. O SINAS é

---

<sup>107</sup> (Dixon, Robertson, Appleby, Burge, Devlin, & Magge, 2010, p. 160)

<sup>108</sup> (Office of Fair Trading, março 2010, p. 38)

<sup>109</sup> (Burge P. , Devlin, Appleby, Gallo, Nason, & Ling, 2006)

<sup>110</sup> Diário da República, 2.ª série — N.º 13 — 20 de janeiro de 2016

<sup>111</sup> <http://tempos.min-saude.pt/#/instituicoes>, acedido pela última vez em 13 de fevereiro de 2016.

um sistema de avaliação da qualidade global dos serviços de saúde, criado com o intuito de facultar aos utentes informação sobre os níveis de qualidade disponíveis nos diversos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, bem como facultar aos prestadores uma ferramenta de *benchmarking*.<sup>112 113</sup>

Resta-nos pois a proximidade da residência/custos de transporte para aceder ao hospital. Para os cuidados hospitalares, seja para cirurgia, seja para consultas especializadas, o tempo máximo de viagem será de “90 minutos de viagem de cada estabelecimento.”

Chegados a este ponto, é necessário então estabelecer as garantias da liberdade de escolha do utente no acesso a consultas hospitalares.

Presentemente, o utente dirige-se ao seu centro de saúde, na sua área de residência e é encaminhado para o hospital da área de influência daquele centro de saúde, independentemente do hospital em causa ter ou não capacidade para cumprir os TMRG ou cumprir critérios de qualidade para aquela patologia.

Ao utente deveria ser dada a hipótese de escolher o hospital onde pretende ser tratado, utilizando as variáveis já existentes no nosso sistema de saúde, isto é, o utente, através do seu médico de família, teria ao seu dispor, imediatamente, três indicadores, a saber, os hospitais que oferecem melhores indicadores de qualidade, o tempo de espera a que o utente estaria sujeito, dentro do seu nível de prioridade e os hospitais que se encontram numa área de 90 minutos de viagem.

O utente poderia então optar pelo estabelecimento hospitalar onde pretende ser tratado, hierarquizando as suas preferências, e exercendo a sua escolha de forma consciente, informada e livre.<sup>114</sup>

A capacidade de os utentes poderem escolher hospitais fora da sua área de residência que ofereça serviços de melhor qualidade e/ou com menores tempos de espera, é por si só, uma vantagem da liberalização da escolha.

A possibilidade dos utentes escolherem o hospital, obriga a que os hospitais, se não querem perder os seus utentes e o financiamento que daí advém, a tomar medidas,

---

<sup>112</sup> <https://www.ers.pt/pages/226> - Sinas Perguntas Frequentes, acedido pela última vez em 13 de fevereiro de 2016.

<sup>113</sup> (Jung, Feldman, & Scanlon, 2001, p. 15) Sobre o peso da qualidade clínica, mesmo que percecionada, na escolha dos consumidores.

<sup>114</sup> (Burge P. , Devlin, Appleby, & Ling, 2006, p. 53)

seja a nível da qualidade seja a nível da melhoria dos tempos de espera, para cativar os utentes, o que será outra vantagem da liberalização da escolha.

### 2.3 Da concorrência entre os prestadores

A liberdade de escolha dos utentes pode trazer também benefícios ao nível da concorrência dos prestadores públicos de saúde.<sup>115</sup>

A concorrência entre os prestadores do SNS não pode ser realizada através do preço final aos consumidores, uma vez que este se encontra fixado administrativamente, através das taxas moderadoras.

Assim, é fundamental criar condições para que os prestadores do SNS sintam necessidade de melhorar a qualidade dos serviços e aumentar a concorrência. A melhoria da prestação de serviços públicos de saúde, como os aumentos de eficiência, inovação e a focalização no utente, dependem da concorrência efetiva entre os prestadores.<sup>116 117</sup>

A contratualização dos cuidados de saúde é realizada para cada uma das unidades hospitalares, através de um contrato-programa, que fixa objetivos por linha de produção.<sup>118</sup> O pagamento é feito com base na atividade perspectivada, baseada em acréscimos históricos, em vez do pagamento pelos custos suportados. As quantidades

---

<sup>115</sup> (Cooper, Gibbons, Jones, & McGuire, Does competition improve public hospital's efficiency? - Evidence from a quasi-experiment in the English National Health Service CEP Discussion Paper n. 1125, 2012, p. 24)

<sup>116</sup> (Cooper, Gibbons, Jones, & Macguire, Does hospital competition save lives?, 2011, p. F231)

<sup>117</sup> (Office of Fair Trading, março 2010, pp. 47, 60) Quando se fala de concorrência entre os prestadores, deve ser tido em conta não só os estabelecimentos públicos, mas também os prestadores privados, que poderão servir não só para introduzir maior concorrência e diversidade na prestação de cuidados de saúde, mas também poderão ser utilizados como termo de comparação (benchmarking) com os serviços públicos.

<sup>118</sup> Cfr. ACSS, Metodologia e fixação de preços Contrato Programa 2015, pág. 14 a 16. <http://www.acss.min-saude.pt/DepartamentoseUnidades/DepartamentoGestaoeFinanciamentoPrestSaude/ContratualizacaoHHULS/tabid/288/language/pt-PT/Default.aspx>, acedido pela última vez em 14 de fevereiro de 2016.

das linhas de produção são negociadas, o que “*responsabiliza o contratador e prestador e estabelece limites à despesa.*”<sup>119 120</sup>

O que se verifica é que os prestadores do setor público não têm qualquer incentivo para competirem entre si, nem pela captação de novos utentes, nem por aumentos da qualidade na prestação de serviços, seja por indicadores de qualidade, seja pelo tempo de espera a que sujeitam os utentes, uma vez que a referenciação dos utentes pelos centros de saúde é fixada por áreas de influência e redes de referenciação e não permitem que o utente procure e opte por um hospital que lhe garanta maior satisfação.<sup>121</sup>

Pelo que, em teoria, se fosse dada a hipótese aos utentes de se deslocarem para além da sua área de influência e escolherem os prestadores, ou porque estes oferecem menores tempos de espera e/ou porque proporcionam uma prestação de cuidados de saúde com melhor qualidade, passaria a ser exercida uma pressão sobre

---

<sup>119</sup> Este sistema de financiamento tem como objetivo fomentar o aumento da qualidade das unidades hospitalares no setor público, uma vez que os hospitais são compensados pelos resultados e penalizados se não cumprirem as metas.

Refira-se, no entanto, que não existe, ainda, implementado um sistema de *accountability*, de forma a responsabilizar as administrações hospitalares pelos prejuízos das unidades hospitalares. Com efeito, e de acordo com a Unidade Técnica de Apoio Orçamental (UTAO), em 2015, foram gastos na área da saúde mais 300 milhões de euros do que estava previsto, não existindo, para já, qualquer responsabilização dos conselhos de administração, in <http://observador.pt/2016/02/05/utao-hospitais-violam-lei-gastaram-do-estavam-autorizados/>, acedido pela última vez em 14 de fevereiro de 2016.

<sup>120</sup> (Gronden, 2009, p. 28) Questiona-se, quanto à questão do financiamento dos hospitais públicos, se não estará aqui em causa a prestação de auxílios de Estado proibida pelo n.º 1 do artigo 107º do TFUE. Os hospitais são considerados empresas para efeitos da lei da concorrência e como tal estão sujeitos às regras da concorrência, designadamente, a que respeita à proibição do artigo 107º TFUE. No entanto, se se considerar que a prestação de cuidados de saúde universal é um Serviço Económico de Interesse Geral (SIEG), então, a sua aplicação pode ser derogada através da aplicação dos requisitos exigidos pelo Processo C-280/00, 24/07/2003 (Ac. Altmark). No entanto, terá de ser levado em conta que o auxílio prestado pelo EM não pode ser uma compensação pelas ineficiências do hospital. Refere ainda o autor que o auxílio do EM poderia ser visto como oportunidade para os hospitais aumentarem a qualidade dos seus serviços, mantendo a obrigação do cumprimento da acessibilidade universal.

Presentemente, pode ser discutida a hipótese de Portugal não estar a cumprir o determinado pelas regras de concorrência europeia e estar efetivamente a prestar um auxílio indevido aos hospitais do SNS

No mesmo sentido (Canoy & Sauter, 2010, pp. 5-6)

<sup>121</sup> Atente-se, no entanto, às alterações produzidas pelo “*Termos de Referência para contratualização hospitalar no SNS – Contrato-Programa 2016*”,. Vide <http://www.acss.min-saude.pt/DepartamentoseUnidades/DepartamentoGestaoeFinanciamentoPrestSaude/ContratuizacaoHHULS/tabid/288/language/pt-PT/Default.aspx>, acedido pela última vez em 30 de abril de 2016.

os prestadores, que permitiria um aumento da concorrência.<sup>122</sup> A tensão concorrencial pretendida estaria, naturalmente, subordinada às alterações à forma de contratualização dos cuidados de saúde.

Neste estudo,<sup>123</sup> os investigadores pretendiam analisar se os tempos de espera para cirurgia eram afetados pela liberdade de escolha do utente do estabelecimento de saúde e a sua mobilidade, concluindo que dadas estas duas hipóteses aos utentes, estes esperavam em média menos 11 semanas do que aqueles que não tinham hipótese de escolher o estabelecimento ou não podiam deslocar-se ao hospital da sua escolha.

Em 2016, foi publicado o Despacho n.º 5911-B/2016, de 3 de maio, do Gabinete do Secretário de Estado da Saúde,<sup>124</sup> que veio determinar a possibilidade de os utentes, de acordo com as suas preferências, e garantida a hierarquia técnica e regras de referenciação, poderem vir a escolher o hospital onde pretendem ser tratados.

A medida tem como objetivo assegurar o acesso equitativo e atempado às instituições do SNS, maximizando a capacidade instalada no SNS.

Cabe à ACSS, assegurar que o sistema de informação de referenciação para a primeira consulta de especialidade permita ao médico de família, em articulação com o utente e com base no acesso à informação sobre tempos de resposta de cada estabelecimento hospitalar, efetuar a referenciação para a realização da primeira consulta hospitalar em qualquer das unidades hospitalares do SNS onde exista a especialidade em causa.

De acordo com aquele Despacho, a referenciação deve ser efetuada, prioritariamente, de acordo com o interesse do utente, com critérios de proximidade geográfica e considerando os tempos médios de resposta para a primeira consulta de especialidade hospitalar nas várias instituições do SNS.

Não obstante, persistirão as redes de referenciação para fins específicos, nas áreas que vierem a ser definidas.

A ACSS deverá elaborar uma circular informativa para divulgação dos procedimentos técnicos que assegurem a adequada aplicação do definido no Despacho.

---

<sup>122</sup> (Ringard & Hagen, 2011, p. 7)

<sup>123</sup> (Ringard & Hagen, 2011)

<sup>124</sup> Diário da República, 2.ª série — N.º 85 — 3 de maio de 2016

A publicação do referido Despacho parece ser um passo significativo na determinação da liberdade de escolha dos utentes no SNS.

Não obstante, a análise do Despacho levanta, já, algumas dúvidas, que podem comprometer a liberdade de escolha do utente.

Assim, no que respeita à priorização dos utentes, coloca-se a questão de se saber se os utentes podem, efetivamente, escolher qualquer unidade hospitalar ou, se por outro lado, apenas podem escolher aquelas unidades hospitalares que oferecem melhores tempos de espera. Note-se que, o utente pode estar disposto a esperar mais tempo se, por exemplo, tiver a possibilidade de ser consultado num hospital com notória reputação, ou pode, por sua vez, preferir deslocar-se para um hospital mais distante se o mesmo oferecer melhores garantias de qualidade.

Por outro lado, surge o problema da manutenção das redes de referenciação. O problema que se coloca é o seguinte: os médicos de família são obrigados a respeitar as redes de referenciação existentes, assim, pergunta-se qual é o papel da escolha do utente, caso as duas se sobreponham? O médico de família deve considerar a vontade do utente ou por seu turno deve respeitar a rede de referenciação?

A resposta a estas questões ficará dependente da extensão que o legislador pretende dar à liberdade de escolha do utente.

Eventualmente será difícil aferir, imediatamente, os resultados da liberdade de escolha na concorrência entre os prestadores ou avaliar a existência de aumentos de eficiência, produtividade e qualidade na prestação de cuidados de saúde.

Refira-se, contudo, que a liberdade de escolha do estabelecimento pelos utentes e a não existência de barreiras geográficas não estão isentas de potenciais riscos que devem ser mitigados.

Por um lado, temos a hipótese da escolha do utente ser transferida para o médico de família, nos mesmos termos em que funciona a relação de agência. Também aqui, o utente pode optar por seguir o conselho fornecido pelo médico de família, que pode basear a sua escolha com base em critérios objetivos de qualidade ou da sua experiência (que não deve ser menosprezada),<sup>125</sup> mas pode também basear a sua escolha com base em critérios subjetivos, mesmo que daí não retire qualquer vantagem.

---

<sup>125</sup> (Cooper, Gibbons, Jones, & Macguire, Does hospital competition save lives?, 2011, pp. F233, F234)

Ora, a ideia de fornecer ao utente as ferramentas necessárias para poder optar livremente pelo prestador de saúde que mais o satisfaz, através de informação adequada, é exatamente uma tentativa de contornar todos aquelas determinantes que fazem do mercado da saúde um mercado imperfeito, sejam a assimetria de informação, as relações de agência imperfeitas, seja a indução da procura.

Por outro lado, a oportunidade de escolha do prestador pode criar condições de iniquidades<sup>126</sup>, uma vez que nem todos os utentes têm a mesma capacidade para decidir entre as várias ofertas, nem todos os utentes tem a possibilidade de deslocar para outras áreas que não a da sua área de residência/influência do centro de saúde-hospital. Pelo que também esta questão deve ser tida em conta e se possível minorada.<sup>127</sup>

No entanto, dúvidas não subsistem que a esta medida, centrada no doente, que permite, através da prestação de informação adequada e da possibilidade dos utentes lograrem através das suas escolhas, conscientemente, optarem pelo hospital que melhor se adegue às suas necessidades e/ou que oferece maior qualidade e menor tempos de espera, é uma medida positiva, que possibilita o direito à autodeterminação da pessoa, e que permite contratar um serviço de saúde, tal como em qualquer outra relação jurídica.

---

<sup>126</sup> (Fotaki, 2014, p. 10)

<sup>127</sup> (Perelman, 2015, p. 1)



### 3. Conclusão

---

A liberdade de escolha dos utentes, no que se refere à prestação de cuidados de saúde, encontra-se consagrada na lei.

No entanto, a opção dos utentes que pretendem aceder à prestação de cuidados de saúde no SNS encontra-se extremamente coartada.

A consulta hospitalar deve respeitar os tempos máximos considerados clinicamente aceitáveis para a realização de uma consulta hospitalar que nem sempre são cumpridos na íntegra.

Os utentes podem ver comprometidos os seus direitos, designadamente, de aceder aos cuidados de saúde que necessitam, em tempo útil.

Presentemente, o sistema de referenciação não permite que os utentes possam exercer a sua liberdade de escolha do estabelecimento de cuidados de saúde onde pretendem ser tratados.

Desde 2014, com a transposição da Diretiva n.º 2011/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2011, para o ordenamento português através da Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto, que estabelece as normas de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços, os utentes do SNS podem recorrer a qualquer estabelecimento de saúde de um EM para que lhes sejam prestados os cuidados de saúde de que necessitam.

No entanto, o Estado português sujeita os utentes do SNS, que pretendam recorrer à prestação de cuidados de saúde transfronteiriços a um pedido de autorização prévia.

Apesar da autorização prévia não estar proibida pela Diretiva dos cuidados de saúde transfronteiriços, esta deve ser vista como uma medida proporcional e necessária para a proteção de princípios de ordem segurança e saúde pública e não deve ser utilizada como um entrave à livre circulação das pessoas e serviços.

Em Portugal a sujeição dos cidadãos a uma autorização prévia é a regra.

Parece-nos, assim, que esta questão implica um limite aos cidadãos nacionais que não é compatível com os princípios da livre circulação, tal como determinado pelo Artigos 21º e 56º do TFUE.

Também, a lei portuguesa limita o direito ao reembolso, quando se trata de cuidados não sujeitos a autorização prévia, por uma consulta por um médico de medicina geral e familiar. Discute-se, ainda, a possibilidade de um cidadão português, a par de um qualquer cidadão da União Europeia se deslocar dentro do território nacional, para receber cuidados de saúde hospitalares.

Os cidadãos nacionais quando necessitam recorrer aos serviços de saúde hospitalares, primeiramente devem ser vistos por um médico dos cuidados primários da sua área de residência, que posteriormente referenciam o utente para um hospital da área de referência. Os utentes do SNS, por sua vontade não podem dirigir-se aos serviços hospitalares diretamente, existindo um controlo prévio, que vai confirmar a necessidade do utente ser visto por um médico especialista.

Pelo contrário, um cidadão de um outro EM, que pretenda receber cuidados hospitalares no nosso país, não só não será sujeito à barreira administrativa da obrigatoriedade de recorrer ao centro de saúde, como ainda não estará limitado a qualquer barreira geográfica. Significa isto, que existe uma discriminação em relação aos cidadãos nacionais. Isto é um cidadão português tem um tratamento desfavorável em relação a outros cidadãos da União Europeia, dentro do território nacional, configurando uma situação de discriminação inversa.

Embora o problema da discriminação inversa não se encontre ainda resolvido, o TJ deu já os primeiros passos no sentido de proteger os cidadãos da União que optem por não exercer o seu direito à livre circulação.

O TJ continua a fazer uma interpretação restritiva do Artigo 21º, decidindo que o direito a circular e permanecer livremente no território dos EM não é aplicável a um cidadão da União que nunca tenha feito uso do seu direito de livre circulação, desde que a situação desse cidadão não comporte a aplicação de medidas de um EM que tenham por efeito privá-lo do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União ou dificultar o exercício do seu direito de circular e de residir livremente no território dos EM.

O direito comunitário apesar de proteger aqueles que circulam livremente entre dois EM discrimina aqueles que não se movimentam pelo território europeu.

Do nosso ponto de vista, a medida é inconsistente e pode afetar os cidadãos que não pretendem usufruir do direito à liberdade de circulação, e afeta os utentes portugueses que pretendam deslocar-se dentro do território nacional, na procura por um estabelecimento de saúde que melhor se adegue às suas necessidades.

Até ser estabelecida, em Portugal, a liberdade de escolha dos estabelecimentos públicos de saúde, os utentes portugueses serão afetados negativamente em relação aos outros cidadãos na União Europeia.

Perante o atual enquadramento que julgamos insuficiente, para assegurar todos os direitos do acesso dos cidadãos aos cuidados hospitalares, propomos uma orientação adicional que inclua os indicadores já disponíveis:

- A informação ao utente das alternativas à sua disposição contendo, o tempo de espera a que este estaria sujeito para primeira consulta, dentro do seu nível de prioridade;
- A informação do *benchmarking* relativa aos indicadores de qualidade dos hospitais que estão integrados rede hospitalar;
- A informação relativa à situação geográfica dos hospitais, assinalando os que se encontram a uma distância de 90 minutos de viagem.

Tendo esta informação presente o utente poderá hierarquizar as suas preferências, e exercer a sua escolha de forma consciente, informada e livre.

Adicionalmente, podemos evidenciar outros benefícios da liberdade de escolha ao nível da concorrência dos prestadores.

Ao ser dada a hipótese de serem selecionados os prestadores, pelos menores tempos de espera e/ou porque proporcionam cuidados de melhor qualidade, estaria a ser exercida uma pressão, que induziria um potencial aumento da concorrência.

Eventualmente será difícil aferir, imediatamente, os resultados da liberdade de escolha na concorrência entre os prestadores ou avaliar a existência de aumentos de eficiência, produtividade e qualidade na prestação de cuidados de saúde

Os primeiros passos para a liberalização da escolha pelo utente foram dados com a recente publicação do Despacho n.º 5911-B/2016, de 3 de maio, do Gabinete do Secretário de Estado da Saúde, que liberalizou os procedimentos para o acesso aos hospitais.

A alteração do enquadramento do acesso, centrado no doente, potencia o seu direito à autodeterminação e traz consigo uma mudança de paradigma, que promove a transparência e a equidade, ao instituir uma melhor articulação entre as instituições de saúde, contribuindo, assim, para a melhoria do bem-estar do doente.

# Bibliografia

---

- Andriychuk, O. (Dezembro de 2009). Can we protect competition without protecting consumers? *Competition Law Review*, Volume 6, issue 1, pp. 77-87.
- Appleby, J., Harrison, A., & Devlin, N. (2003). *What is the real cost of more patient choice?* The Kings Fund.
- Baker, L. C. (Abril, 2001). *Measuring competition in health care markets*. Health Services Research, 36 (1 Pt 2), 223–251.
- Barnard, C. (2010). *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*.
- Barnard, C. (2013). *The Substantive Law of the EU - The Four Freedoms*.
- Barros, P. P. (2006). *Economia da Saúde - Conceitos e Comportamentos*. Coimbra : Almedina.
- Burge, P., Devlin, N., Appleby, J., Gallo, F., Nason, E., & Ling, T. (2006). *Understanding patients choice at the point of referral*. Rand Corporation Europe prepared for the UK Department of Health.
- Campos, A. C., & J. S. (Coord.) (2014). *40 anos de Abril na saúde*. Coimbra: Almedina.
- Canotilho, M. (2013). Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada. In Coord. Silveira, A. & Canotilho, M. Almedina.
- Canoy, M., & Sauter, W. S. (2010). Out of control? Hospital Mergers in the Netherlands and the public interest. *European Competition Law Review*, pp. 377-383.
- Carlier, J.-I. (2013). Purely internal situations and EU Citizens' rights after the Zambrano, MacCarthy and Dereci judgments. *Online Journal on free movement of workers within the European Union*, 5, pp. 6-10.
- Carvalho, J. M. (2014). *Manual de Direito do Consumo*. Almedina.
- Cooper, Z., Gibbons, S., Jones, S., & Macguire, A. (agosto de 2011). Does hospital competition save lives? *The Economic Journal*, 211, Issue 554, F228-F260.
- Cooper, Z., Gibbons, S., Jones, S., & McGuire, A. (2012). *Does competition improve public hospital's efficiency? - Evidence from a quasi-experiment in the English National Health Service CEP Discussion Paper n. 1125*. Centre of Economic Performance.
- Correia, S. (1996). As relações jurídicas de prestação de cuidados de saúde pelas unidades de saúde do Serviço Nacional de Saúde. *Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

- Dautricourt, C., & Thomas, S. (2009). Reverse discrimination and free movement of persons under community law: all for Ulysses, nothing for Penelope. *European Law Review*, 34, 3, 433-454.
- Davies, G. (2002). Welfare as a service. *Legal Issues of Economic Integration* 29 (1), 27-40.
- Dixon, A., Robertson, R., Appleby, J., Burge, P., Devlin, N., & Magge, H. (2010). *Patient Choice - How patientes choose and how providers respond*. The Kings Fund.
- Dranove, D., & Satterthwaite, M. A. (1992). Monopolistic competition when price and quality are imperfectly observable. *RAND Journal of Economics* Vol. 23, N. 4, winter 1992, pp. 518-533.
- Fotaki, M. (2014). *What market-based patient choice can't do for the NHS: the theory and evidence of how choice works in health care*. Centre of Health and the Public Interest.
- Gaynor, M. (junho de 2006). What do we know about competition and quality in health care markets? *National Bureau of Economics Research - Working Paper* 12301.
- Gaynor, M., & Town, R. J. (julho de 2011). Competition in healthcare markets. *National Bureau of Economics Research - Working Paper* 17208.
- Gaynor, M., & Vogt, W. B. (maio de 1999). Antitrust and competition in health care markets. *National Bureau of Economics Reserach - Working Paper* 7112.
- Gaynor, M., Serra-Moreno, R., & Propper, C. (julho de 2010). Death by market power: reform, competition and patient outcomes in the national health service. *National Bureau of Economics Research - Working Paper* 16164.
- Gentry, W. M., & Penrod, J. R. (2000). The Tax Benefits of Non- Profit Hospitals. In D. M. Cutler (Ed.), *The Changing Hospital Industry: Comparing For-Profit and Not-For-Profit Industries* (pp. 285-324). National Bureau of Economic Research.
- Gronden, J. W. (Dezembro de 2009). Financing Health Care in EU Law: Do the European State Aid Rules write out an effective prescription for integrating competition law with health care. *The Competition Law Review*, Volume 6, Issue 1, pp. 5-29.
- Jung, K., Feldman, R., & Scanlon, D. (2001). Where would you go for your next hospitalization? *Journal of Health Economics*, 832-841.
- Laenerts, K. (2011). "Civis europaeus sum": from the cross-border link to the status of citizen of the Union. *Online Journal on free movement of workers within the European Union*, 3, pp. 6-18.
- Lanaerts, K., & Foubert, P. (2001). Social Rights in the Case-Law of the European Court Justice - The Impact of the Charter of Fundamental Rights of the

- European Union on Standing Case-Law. *Legal Issues of Economic Integration* 28 (3), pp. 267-296.
- Louri, V. (2005). The FENIN Judgment: The notion of Undertaking and Purchasing Activity. *Legal Issues Of Economic Integration* 32 (1), 87-97.
- Nunes, R. (2014). *Regulação da Saúde*. Porto: Vida Económica .
- Odudo, O. (maio de 2011). Are State-owned health-care providers undertakings subject to competition law? *European Competition Law Review, Issue 5*, pp. 231- 241.
- Office of Fair Trading. (março 2010). *Choice and competition in public services - A guide for policy makers*. Office of Fair Trading OFT 1214.
- Pais, S. (2010). Todos os cidadãos da União Europeia têm direito de circular e residir no território dos Estados-Membros mas uns têm mais direito do que os outros. *Scientia Iuridica, Tomo LIX, N. 323*, , pp. 467-496.
- Pais, S. (2011). *Entre a inovação e concorrência: Em defesa de um modelo europeu*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- Pais, S. (3ª Edição - 2013). *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia*. Almedina.
- Pereira, A. G. (2004). *Consentimento informado na relação médico - paciente- Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Perelman, J. (janeiro de 2015). Liberdade de escolha no Serviço Nacional de Saúde - O caso VIH. *Acta Médica Portuguesa*.
- Ringard, A., & Hagen, T. P. (2011). *Are waiting times for hospital admissions affected by patients choices and mobility?* BMC Health Services Research.
- Ritter, C. (2006). Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodi and Article 234. *European Law Review, 31, Issue 5*, 690-710.
- Santana, R., & Costa, C. (Vol. 7 de 2008). A integração vertical de cuidados de saúde: aspetos conceptuais e organizacionais. *Revista de Saúde Pública*, p. 32.
- Shuibhne, N. (2002). Free movement of persons and the Wholly Internal rule: time to move on. *Common Market Law Review, vol. 39, 4*, , 731-771.
- Steyger, E. (2002). National health care systems under fire (but not too heavily). *Legal Issues of Economic Integration* 29 (1), pp. 97-107.
- Toader, C., & Florea, A. I. (dezembro de 2011). Free Movement of workers and the European citizenship. *Online Journal on free movement of workers within the European Union, 3*, pp. 19-29.
- Trade, F. C., & Justice, D. o. (2004). *Improving healthcare: a dose of competition*.

- Tryfonidou, A. (2008). Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe. *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 35, 1, 43-67.
- Tryfonidou, A. (2011). *What can the Court's response to reverse discrimination and purely internal situations contribute to our understanding of the relationship between the restriction and discrimination concepts in the EU free movement law?*  
<http://www.jus.uio.no/ifp/forskning/prosjekter/markedsstaten/arrangementer/2011/free-movement-oslo/speakers-papers/tryfonidou.pdf> .
- Varkevisser, M., Geest, S. A., & Schut, F. T. (2009). *Assessing hospital competition when prices don't matter to patients: the use of time elasticities*. Springer.
- Vedder, H. (dezembro de 2009). Of Jurisdiction and Justification. Why competition is good for "Non-Economic" Goals, but may need to be restricted. *The Competition Law Review*, Volume 6, Issue 1, pp. 51-75.

# Legislação

---

Constituição da República Portuguesa

Lei n.º 56/1979, de 15 de setembro, criou o Serviço Nacional de Saúde;

Lei n.º 48/90, de 24 de agosto, Lei de Bases da Saúde, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8 de setembro, que aprovou o regime jurídico da gestão hospitalar;

Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de Junho, que criou a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados;

Decreto-Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, com as alterações introduzidas pelo pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, que regula o acesso às prestações do SNS no que respeita às taxas moderadoras e a aplicação de regimes especiais de benefícios;

Lei n.º 15/2014, de 21 de março, Lei que consolida a legislação em matéria de direitos e deveres do utente dos serviços de saúde e define os termos a que deve obedecer a Carta dos Direitos de Acesso aos cuidados de saúde pelos utentes do SNS;

Portaria n.º 87/2015, de 23 de março, define os tempos máximos de resposta garantidos para todo o tipo de prestações de saúde sem carácter de urgência, publica a Carta de Direitos de Acesso;

Lei n.º 28/2008, de 22 de fevereiro, estabelece o regime da criação, estruturação e funcionamento dos agrupamentos de centros de saúde (ACES) do Serviço Nacional de Saúde;

Portaria n.º 82/2014, de 10 de abril, veio classificar as instituições hospitalares e serviços do SNS com o objetivo de categorizar os serviços e estabelecimentos do SNS, de acordo com a natureza das suas responsabilidades e quadro de valências exercidas, e o seu posicionamento da rede hospitalar;

Portaria n.º 95/2013, de 4 de março, aprova o Regulamento do Sistema Integrado de Referenciação e de Gestão do Acesso à Primeira Consulta de Especialidade Hospitalar nas instituições do Serviço Nacional de Saúde, designado por Consulta a Tempo e Horas (CTH);

Portaria n.º 82/2014, de 10 de abril, que estabelece os critérios que permitem categorizar os serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde (SNS), de acordo com a natureza das suas responsabilidades e quadro de valências exercidas, e o seu posicionamento da rede hospitalar e proceder à sua classificação;



Portaria 123-A/2014, de 19 de junho, estabelece os critérios de criação e revisão de Redes Nacionais de Especialidades Hospitalares e de Referência, bem como as áreas que as mesmas devem abranger;

Decreto-Regulamentar n.º 44/2012, de 20 de julho, que aprova a orgânica da Direção-Geral de Proteção Social aos Trabalhadores em Funções Públicas (ADSE);

Decreto-Lei n.º 118/83 de 25 de fevereiro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 234/2005, de 30 de dezembro, que regulamenta o funcionamento e o esquema de benefícios da ADSE;

Decreto-Lei n.º 126/2014, 22 de agosto, que aprovou os Estatutos da ERS;

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que estabelece o regime jurídico da concorrência;

Decreto-Lei n.º 233/2005, de 29 de dezembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 12/2015, de 26 de janeiro, que determina o regime jurídico do Hospitais, E.P.E;

Diretiva n.º 2011/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2011, estabelece as normas de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços;

Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto, transpõe para o ordenamento jurídico português a Diretiva n.º 2011/24/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2011, que estabelece as normas de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços;

Portaria n.º 191/2014, de 25 de Setembro, define quais os cuidados de saúde sujeitos a autorização prévia, nos termos do n.º 1 do Artigo 1º da Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto e determina as regras aplicáveis a este sistema;

Despacho n.º 199/2016, do Secretário de Estado da Saúde, 7 de janeiro de 2016, nomeia o Coordenador Nacional para a reforma do Serviço Nacional de Saúde na área dos Cuidados de Saúde Hospitalares;

Despacho n.º 987/2016 do Gabinete do Ministro da Saúde, obrigatoriedade dos estabelecimentos do SNS e do setor convencionado afixarem a informação atualizada relativa aos TMRG e cria uma plataforma eletrónica Aplicação TE. M.S (Tempos Médios em Saúde);

Despacho n.º 5911-B/2016, do Gabinete do Secretário de Estado da Saúde, de 3 de maio, que veio determinar a possibilidade de os utentes, de acordo com as suas preferências, e garantida a hierarquia técnica e regras de referência, poderem vir a escolher o hospital onde pretendem ser tratados.

# Jurisprudência

---

Acórdão n.º 731/95, de 14 de dezembro do Tribunal Constitucional

Processo C-385/99, de 13-05-2003 (Ac. Muller-Fauré e Van Riet);

Processo C- 255/09, de 27 de outubro de 2011 (Ac. Comissão vs Portugal);

Processo C- 158/96, de 28 de abril de 1998 (Ac. Kohll);

Processo C- 157/99, de 12 de julho 2001 (Ac. Gerecht Smits);

Processo n.º 115/78, de 7 de fevereiro de 1979 (Ac. Knoors);

Processos Apensos C- 64 e 65/96, de 5 de junho de 1997 (Ac. Uecker e Jaquet);

Processo C-370/90, de 7 de julho de 1992, (Ac. Singh);

Processo C- 413/99, de 17 de setembro de 2012 (Ac. Baumbast);

Processo C- 85/96, de 12 de maio de 1998 (Ac. Martinez Sala);

Processo C-403/03, de 12 de julho de 2005 (Ac. Schemp);

Processo C-148/02, de 2 de outubro de 2003 (Ac. Garcia Avello);

Processo C-434/09, de 5 de maio de 2011 (Ac. MacCarthy);

Processo C- 135/03, de 2 de março de 2010 (Ac. Rottmann);

Processo C-34/09, de 8 de março de 2011 (Ac. Zambrano);

Processo C-256/11, de 15 de novembro de 2011 (Ac. Dereci);

Processo C- 200/02, de 19 de outubro de 2004 (Ac. Chen);

Processo C- 280/00, de 24 de julho de 2003 (Ac. Altmark);

Conclusões do AG Poiares Maduro no Processo C- 72/03, de 9 de setembro de 2014, (Ac. Carbonati);

Conclusões do AG Antonio Tizzano no Processo C- 200/02, de 19 de outubro de 2004 (Ac. Chen);

Conclusões da AG Eleanore Sharpston no Processo C- 212/06, de 1 de abril de 2008, (Ac. Governo da Comunidade Francesa e Governo Valão contra Governo Flamengo).

# Elementos de Suporte

---

ACSS, março de 2016, Termos de Referência para contratualização hospitalar no SNS – Contrato-Programa 2016.

ACSS, julho 2015, Publicação Periódica sobre o Número de Utentes Inscritos nos Cuidados de Saúde Primários;

ACSS, Metodologia e fixação de preços Contrato Programa 2015;

Comunicação da Comissão Europeia relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência (97/C 372/03), JOUE C372/5, de 9-12-1997;

AdC Decisão PRC 2007/07 da, de 26 de maio de 2006;

ERS. (2015). Parecer da ERS sobre a operação de concentração com a Referência Ccent 18/2015 - José de Mello Saúde/Hospital Privado de Santarém.

ERS. (2013). O novo regime jurídico das taxas moderadoras.

ERS. (2012). Estudo sobre a Carta Hospitalar - Especialidades de medicina interna, cirurgia geral, neurologia, pediatria, obstetrícia e infecciologia .

ERS. (2011). Relatório sobre a Carta dos Direitos dos Utentes - Draft Preliminar.

Rede Nacional de Especialidade Hospitalar e de Referenciação de Oncologia Médica;